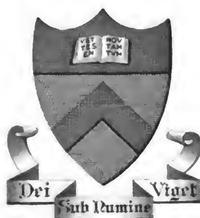



VET TES EN
NOV TAM TVM
Dei
Sub Numine
Viget

Kritische Ueberschau

der deutschen

Gesetzgebung und Rechtswissenschaft,

herausgegeben

von

Dr. L. Arndts, Dr. J. C. Bluntschli und Dr. J. Pözl,

o. ö. Professoren der Rechte.

Fünfter Band.

München.

Verlag der literarisch-artistischen Anstalt.

1857.

Buchdruckerei der J. G. Cotta'schen Buchhandlung in Stuttgart und Augsburg.

Inhalt.

I.

Zur neuesten civilistischen Literatur.

1) Die Actio des römischen Civilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts. Von Dr. Bernhard Windscheid (o. Prof. d. R. an. d. Univ. zu Greifswald). gr. 8. Düsseldorf. J. Buddeus. 1856. IV u. 240 S.

Die Lehre von der Singularsuccession in Obligationen ist ein Thema, welches zu den beliebtesten bei den gegenwärtigen Civilisten gehört, und fast möchte man glauben, daß das vorliegende Buch hauptsächlich diesem Thema zu Liebe geschrieben worden sey; wenigstens füllt die Lehre von der Cession die ganze zweite Hälfte des Buches aus, und wird von dem Vf. selbst als dasjenige Gebiet bezeichnet, auf welchem der von ihm construirte, bisher, wie er sagt, stets verkannte Begriff der Actio eine vorzüglich prägnante Wirkung äußern soll. W. macht im Eingange seiner Schrift darauf aufmerksam, daß dieselbe einer „jetzt erwachten" Richtung angehöre, welche sorgfältig sich davor hüte, römische Rechtssätze als allgemein gültigen Ausdruck eines rechtlichen Gedankens anzunehmen, denen ein derartiger Charakter fremd ist. Durch diese Behutsamkeit werde der Gefahr begegnet, fremdartige Elemente in das römische Rechtssystem einzuschmuggeln, oder anderen als römischen Rechtsbildungen die ihnen gebührende Anerkennung zu versagen. Es sey nicht so lange her, daß die Doctrin dem Zuge einer anderen Richtung sich hingegeben. Im Geiste dieser Richtung habe man zuerst immer nach dem gefragt, was

aus der Natur der Sache sich ergebe, und sey sohin überzeugt gewesen, dasselbe Resultat auch im römischen Rechte anzutreffen. Auf solchem Wege sey das römische Recht gleichsam aprioristisch construirt worden, und wenn man es auch nicht gerade ausdrücklich für das absolute Recht erklärte, so habe man doch nur zu leicht — mithin auch häufig — vergessen, daß es in der That nicht absolut sey.

Ich bin nun mit dem Vf. ganz darüber einverstanden, daß weder das römische, noch irgend ein anderes positives Recht ein absolutes sey (vgl. Haimerls Magazin, Bd. XIV. S. 59 f.); es erscheint mir ferner als ein ganz verfehltes Unternehmen, ein concretes Rechtssystem aprioristisch construiren zu wollen; und ich gebe zu, daß manche Schriftsteller in der jüngsten Zeit durch ein solches das wahre Verhältniß umkehrendes Verfahren der guten Sache unserer Jurisprudenz mehr Schaden als Nutzen gebracht haben; dagegen kann ich nicht zugestehen, daß diese Methode der Behandlung des römischen Rechts in der Periode seit der Wiedergeburt der juristischen Doctrin jemals die Oberhand gewonnen habe. Wir stünden wahrlich nicht auf jenem Punkte, auf welchem wir trotz aller Mängel unserer rechtswissenschaftlichen Methode jetzt denn doch angelangt sind, wenn der Vf. mit seiner Behauptung nicht im Unrecht wäre. — Die Rechtswissenschaft kann, bei höherer Ausbildung, eine Prüfung des positiven Rechts und dessen Vergleichung mit dem, was als Consequenz der Idee des Rechts erscheint, ebensowenig umgehen, als sie die Untersuchung von sich abweisen darf, wie sich das geltende Recht zu den Bedürfnissen des Verkehres u. s. w. verhalte; — allein eine derartige Verarbeitung des concreten Rechtsstoffes ist naturgemäß erst die Nachfolgerin einer anderen, mühevollen Arbeit. Die Wissenschaft kann erst dann dahin gelangen, das einzelne positive Rechtssystem als eine bestimmte Erscheinung der Rechtsidee zu erkennen, und so die wahre Bedeutung und seinen relativen Werth zu ermessen, wenn der vorliegende Rechtsstoff in allen seinen Theilen vollständig übersehen wird, wenn das Besondere im Rechte auf das Allgemeine als seinen Grund zurückgeführt, und im Zusammenhange mit den im Volksgeiste thätigen Kräften aufgefaßt worden ist. Aber auch bei diesem Verfahren ist ein nicht geringer Grad von Vorsicht erforderlich; denn nur zu leicht werden die

Ergebnisse einer bloß subjectiven Auffassung mit dem wirklich Objectiven verwechselt, und Satzungen des positiven Rechtes einem Tadel unterworfen, in welchen sich oft das Objective besser als im Bewußtseyn des Kritikers abspiegelt. Diese Vorsicht insbesondere anzuempfehlen, ist gewiß nicht überflüssig. Wenn es früher gewöhnlich war, daß die Subjectivität hinter die Natur der Sache sich verschanzte, so wird jetzt insbesondere die Appellation an die heutige Rechtsanschauung oft an Stelle von Argumenten gebraucht. Es ist leicht auf eine Potenz sich zu berufen, über deren wirkliche, und so oder so gestaltete Existenz ein strenger Beweis von demjenigen der sie anruft, eigentlich nicht gefordert werden kann; geht man aber in dem Gebrauche dieses Hülfsmittels leichtsinnig zu Werke, ohne in dem Bewußtseyn der Uebrigen ein Echo zu finden, so setzt man sich dem Verdachte aus, daß in der Schwäche der civilistischen Mittel der Grund liege, aus welchem man des Nachweises der aufgestellten Sätze sich überhebt. — Dieser Tadel ist zum Theile allerdings auch gegen den Vf. des vorliegenden Buches gerichtet, obschon ich ihn durchaus nicht zu jenen rechne, deren civilistische Mittel schwach zu nennen wären. Schon Ihering hat (Jahrbücher f. die Dogmatik d. heut. röm. u. deutsch. Priv.-R. I. H. S. 28. Anm. 9.) den Vf. daran erinnert, daß es mit einem einfachen Wegwerfen der römischen Constructionen nicht abgethan sey. „Entweder," sagt Ihering, begnügen wir uns mit den bloßen Thatsachen überall, d. h. wir verzichten auf jede Jurisprudenz, oder aber wir suchen die Thatsachen auf Begriffe zurückzuführen. Im letzteren Falle aber liegt in den Begriffen, die wir einmal haben, etwas obligatorisches."

Ich besorge nicht, durch das Gesagte mich einem Mißverständnisse auszusetzen. Schon oben habe ich mich gegen die Zumuthung verwahrt, als hielte ich das römische Recht für das „Vollkommene" auf dem Gebiete des Rechts, und anderwärts (Haimerls Magaz. XI. Bd. §. 14) jene hohe Bedeutung anerkannt, welche der modernen, germanischen Rechtsbildung von jedem Unparteiischen zugesprochen werden muß. Wenn man aber gleich bereit ist (wie jetzt Manche) den Gegensatz eines mißverstandenen, und in dieser Gestalt auch mißfälligen, römischen Rechtssatzes oder Rechtsprincips für vollberechtigte moderne Anschauung zu halten,

so befindet man sich auf einem Abwege. Hat man nur einmal den sicheren Besitz der römischen Rechtsbegriffe erlangt, und wendet man die römische juristische Methode consequent an, so wird es von selbst gelingen, das Bleibende von dem „Abgestorbenen" zu sondern, und dem, was wirklich berechtigtes Product neuerer Rechtsbildung ist, dauernde Anerkennung zu verschaffen. (Jhering a. a. O. S. 51.)

Der Inhalt des Buches ist folgendermaßen abgetheilt: I. §. 1. Begriff der Actio. II. §§. 2—4. Gegensätze in der Actio. III. §§. 5—7. Untergang der Actio. IV. §§. 8—13. Die Actio in ihrer Verwirklichung. V. Uebergang der Actio. §§. 14—22 — §. 23. „Schluß;" worauf noch ein kurzer Anhang folgt.

Aus diesem Inhalte nehme ich zunächst das Wichtigste, des Vf. Theorie über die Actio, heraus.

W. tritt nicht nur der Lehre entgegen, daß das Klagerecht erst aus der Verletzung des Rechts entstehe, sondern er tadelt auch an der von mehreren neueren Schriftstellern aufgestellten Unterscheidung zwischen eventuellem (schon vor der Verletzung, mit dem Rechte selbst, abstract begründetem), und wirklich entstandenem (durch die Verletzung concret begründetem) Klagrechte den Grundgedanken, nach welchem auch bei dieser Unterscheidung das Klagerecht als abhängig vom Rechte gedacht, und die wirkliche Ausübung des Klagerechtes doch wieder wesentlich von einer Rechtsverletzung abhängig gemacht wird. Man ersehe aus den Quellen, daß es actiones gebe, welche keine Rechtsverletzung voraussetzen. Die Abhängigkeit der Klage von dem Rechte sey eine moderne Auffassung, welche dem römischen Begriffe von Klage (actio) durchaus widerspreche. Die Römer hätten wohl auch in der Rechtsordnung die Ordnung der Rechte erkannt, also gemeint, daß das Individuum, welches in dem seinem Willen durch das Recht zugewiesenen Herrschaftskreise nicht anerkannt wird, beim Staate, dem Wächter des Rechtes, sich darüber beklagen dürfe, damit dieser ihm zu dem Seinigen verhelfe; — diese Auffassung sey aber nicht die vorherrschende, geschweige denn die alleinige gewesen. Eine andere Anschauung habe, erstere verdrängend, mit nachhaltiger Wirkung sich geltend gemacht; die Anschauung nämlich, daß die Rechtsordnung eigentlich die Ordnung der gerichtlich verfolgbaren Ansprüche, die Actio aber ein selbstän-

diges Organ der Rechtsordnung sey — die Befugniß seinen Willen durch gerichtliche Verfolgung durchzusetzen. Die Rechtsordnung gewähre Rechte dadurch, daß sie gerichtliche Verfolgung bewilligt; die Actio sey also nicht ein Ausfluß des Rechtes, oder ein bloßes Schutzmittel des Rechtes, sondern sie sey anstatt des Rechtes, oder richtiger, anstatt des Anspruches. Man könne eine Actio haben, ohne ein Recht zu haben, und ein Recht, ohne Actio; es sey deßwegen unlogisch, dort, wo Recht und Actio zusammentreffen, ersteres als den Grund von letzterem zu denken. Die Römer sprechen daher, sagt W., nicht, wie wir, von rechtlicher Begründung eines Anspruches, sondern von seiner gerichtlichen Verfolgbarkeit; sie sagen nicht, jemand habe ein Recht, sondern, er habe ein Gericht (S. 1—4). Actio, heißt es weiter, sey das was wir Anspruch nennen, zunächst aber doch nicht die Bezeichnung für den Anspruch, sondern für die gerichtliche Geltendmachung desselben (S. 7). Unter Anspruch versteht W. dasjenige, „was man von einem andern verlangen kann;" Actio ist daher der erschöpfende Ausdruck des Forderungsrechtes, nicht aber des dinglichen Rechtes. „Denn die Actio ordnet nicht die Beziehungen zwischen Personen und Sachen, sie ordnet nur die Beziehungen zwischen Person und Person. Die Actio setzt immer einen bestimmten Gegner voraus, auf dem Standpunkte der Actio ist immer die Frage die: was kann einer von dem andern verlangen?" (S. 5).

Von dem, durch diesen Begriff der Actio gegebenen, Standpunkte aus, will W. das Actionenrecht einer Revision unterziehen, welche manche bisher streitige Fragen zu ihrer Erledigung bringen, und mehr als eine falsche Lehre für immer beseitigen soll.

Die Theorie des Vf. von der Selbständigkeit der römischen Actio, welche offenbar aus der Vorstellung des Verhältnisses zwischen jus strictum und jus honorarium entstanden ist, ist nach meinem Dafürhalten durchaus irrig.

Der Prätor verweigert bald einem civiliter begründeten Rechte seinen gerichtlichen Schutz (actionem denegat), und dann steht das Recht wohl nach dem jus civile fest, aber ohne wirksames Klagerecht da; bald gewährt er einem civiliter nicht anerkannten Rechtsverhältnisse seinen Schutz (dat actionem), und hiernach ist es allerdings wahr, daß man bei civiliter begründeten Rechten,

welche der Prätor unter seinen Schutz nimmt, den Grund dieser gerichtlichen Verfolgbarkeit nicht in der civilen Anerkennung des Verhältnisses suchen dürfe. Die Actio ist insofern von dem jus strictum unabhängig, als sie im Edict wurzelt; — nur so viel folgt zunächst aus jenem Verhältnisse beider Rechtssysteme. Einen ganz anderen Sinn hat W.'s Behauptung: die Klage sey von dem Rechte unabhängig, habe in demselben nicht ihren Grund. Das Edict ist, wenn auch der Prätor keine gesetzgebende Gewalt hatte, doch eine Quelle des Rechts bei den Römern gewesen, das prätorische Recht eine Art Gewohnheitsrecht (*Cicero* de invent. II. c. 22. §. 67.), dessen das Civilrecht aufhebende und fortbildende Kraft von dem römischen Rechtsbewußtseyn nie in Zweifel gezogen wurde (L. 7. §. 1. Dig. de just. et jure). Das Recht, dem trotz seiner civilen Existenz der Prätor das Klagerecht verweigert, erkennt er als Recht nicht an; es erleidet dieses Schicksal, weil es der Rechtsanschauung, deren Vertreter der Prätor ist, widerspricht, vor ihr nicht als Recht erscheint. In diesem schutzlosen Zustande hat es bloß den Namen und Schein des Rechts, es vegetirt als ein nudum jus. Umgekehrt, wenn der Prätor ein civiliter klageloses Verhältniß mit dem Klagerechte ausstattet, so geschieht dieses darum, weil er für solches Verhältniß in seinem Rechtssysteme einen Platz findet, es als Recht erkennt, und weil es zum Wesen des Rechtes gehört, daß es verwirklicht werde. Gerichtliche Verfolgung kann keinen andern Zweck haben, als den, Rechte zu verwirklichen. Wird in einem einzelnen Falle gerichtliche Verfolgung bewilligt, so ist damit auch anerkannt, daß in diesem Falle der Zweck vorhanden sey, um dessen willen gerichtliche Verfolgung überhaupt nur gewährt wird, d. h. daß ein Recht existire, welches zu verwirklichen ist. Die gerichtliche Verfolgbarkeit, Klagerecht, ist ein wesentliches Merkmal im Begriffe des vollkommenen Rechts; weil etwas ein „Recht" ist, darum ist es gerichtlich verfolgbar, klagbar. Erscheint in einem concreten Rechtssysteme ein Verhältniß zwar ohne Klagerecht, aber doch mit anderen rechtlichen Wirkungen versehen, so begründet es kein wirklich vollkommenes Recht, sondern es ist ein anomales Product, welches propter aliquam utilitatem seine singuläre Gestalt erhalten hat. — W. selbst sagt, daß wir heute zwischen Recht und Actio auch dem Namen nach nicht mehr unterscheiden können; daß

dieser Gegensatz selbst für die späteren Römer zu einer verklungenen Erinnerung zusammengeschrumpft gewesen sey (S. 147. 148). Ich glaube dagegen, daß dieser Gegensatz im Sinne W.'s niemals bestanden habe. Gewiß haben auch die Römer der älteren Zeit gedacht dieses oder jenes ist „Recht", darum schützt es der Prätor, der den Beruf und die Macht dazu hat. Der Prätor stellte ja seine Satzungen nicht willkürlich auf, sondern er war das redende und handelnde Organ des gemeinen Rechtsbewußtseyns.

Die römischen Actionen haben, in Rücksicht auf ihre processualische Durchführung, vielleicht den Schein der Selbständigkeit gegenüber dem Rechte. Dieser Schein wird aber nur durch die Eigenthümlichkeit des römischen Formularprocesses erzeugt, der zufolge das wirklich auszuübende Klagerecht in eine bestimmte Formel sich fügen muß. Die Formel ist regelmäßig für das einzelne Klagerecht im Edicte bereits vorhanden; nicht selten wird die für ein bestimmtes Klagerecht vorhandene Formel auf ein anderes Klagerecht übertragen, und nur ausnahmsweise wird die Formel für den einzelnen Fall von dem Magistrate erst neu construirt. In der Formel ist nun bereits ausgesprochen, was durch die Klage, über welche der Prätor sie ertheilt, zu erreichen ist. So kann es den Schein gewinnen, daß der Inhalt des Klagerechtes sich nicht wesentlich nach dem Inhalte des einzuklagenden Rechtes bestimme; daß das Recht, welches für seine Actio nur eine übertragene Formel hat, das Klagerecht nicht seiner eigenen, inneren Kraft verdanke, welche den Prätor zur Anerkennung nöthiget; kurz daß die Willkür des Magistrates im Processe walte, und die gerichtliche Verfolgbarkeit und ihre Wirkung unabhängig von den Rechten bestimme. Dieß ist aber eben nur ein Schein, welcher der Proceß-Formalität anklebt, und verschwindet wenn man die Stellung des Prätors, und die Aufgabe des Edictes in dem wahren Lichte ansieht.

Der Prätor hatte kein anderes Mittel seine Rechtsüberzeugung praktisch geltend zu machen, als das Verheißen des Rechtsschutzes durch sein Edict. Das „judicium dare" des Edictes ist allerdings der Erkenntnißgrund für die Anerkennung des Daseyns des Rechts; dem „Sein" nach verhält sich die Sache aber gerade umgekehrt, wie oben gezeigt wurde. Der wahre Grund

der Klagebewilligung liegt in dem Rechte selbst. Das Recht anerkennen, ohne eine Klage zu gewähren, heißt auf halbem Wege stehen bleiben.

Die Formel unseres Vf.: „Actio ist der Ausdruck für den gerichtlich verfolgbaren Anspruch," gibt durchaus kein neues Resultat, wenn wir von der, wie ich glaube mit Erfolg bekämpften, „Selbständigkeit" der Actio absehen. Actio bedeutet in dieser Formel eben die gerichtliche Verfolgbarkeit des Anspruches, das Klagerecht. W. nimmt zwar an (S. 15), daß der Anspruch von dem Rechte verschieden sey, daß er aber ein Recht voraussetze, und auf nichts anderes gerichtet sey, als worauf das Recht gerichtet ist. Diese Verschiedenheit ist jedoch eine bloß vorgestellte, in der Wirklichkeit hingegen nicht vorhanden. Die Ansprüche, welche ein Recht, wie es heißt, zu ihrer Voraussetzung haben, sind nichts anderes, als der, nach Maßgabe der concreten Umstände, im einzelnen Falle sich auseinander setzende Rechtsinhalt. Actio ist also das „Recht" als gerichtlich verfolgbares, d. h. das Klagebefugniß im Rechte.

Diese Identität läßt sich u. a. auch leicht an einem besonderen, von W. in Betracht gezogenen, Falle nachweisen. W. sagt (S. 41): „wenn es auch dargethan wäre, daß die Verjährung nur die actio beseitige, und nicht die obligatio, das Recht, — daß sie eine naturalis obligatio bestehen lasse — so wäre damit noch nicht bewiesen, daß in dem Satze: Die *actio* geht durch den Zeitablauf unter, actio nicht Anspruch bedeute." Setzen wir actio gleich mit Anspruch, so folgt die Formel: der Anspruch geht durch die Verjährung unter, es bleibt aber eine naturalis obl. zurück. Das heißt aber: es ist zwar noch etwas da, was einige Wirkungen eines Rechtes hat, aber keine directe gerichtliche Verfolgbarkeit mehr. Actio kann also nur das Klagerecht seyn.

Wie verhält sich nun aber das Klagerecht zur Verletzung desjenigen Rechtes, welches durch die Klage beschützt wird? Inwiefern ist jenes durch die Verletzung bedingt? Das sog. abstract begründete Klagerecht ist von der Verletzung des Rechtes, dem jenes inhärirt, unabhängig, es ist mit dem Rechte selbst von dem Momente an verhanden, in welchem das Recht seine Existenz beginnt. Die wirkliche Ausübung des Klagerechtes aber ist, nach Verschiedenheit des Rechtes, bald durch eine Verletzung desselben

bedingt, bald unbedingt vorhanden. Ersteres ist bei den dinglichen Rechten der Fall, und darüber, daß es sich in Ansehung dieser Rechte so verhalte, herrscht unter den Juristen im wesentlichen keine Meinungsverschiedenheit. Bei den Obligationen ist in der Regel das Klagerecht in demselben Momente zugleich abstract und concret begründet. Die Obligationen, bei welchen diese als Regel bezeichnete Erscheinung eintritt, zerfallen in zwei Classen. Die eine dieser Classen wird durch jene Obligationen gebildet, in deren Natur obliegt, daß die Verbindlichkeit des Schuldners sogleich, wie sie entsteht, auch erfüllt werden soll, so daß jede Zögerung von Seite desselben eine dem Rechte des Gläubigers zuwiderlaufende Willensbeschaffenheit des Schuldners, kurz eine Verletzung des Rechtes des Gläubigers involvirt. Die andere Classe besteht aus jenen unbefristeten Obligationen, welche so beschaffen sind, daß der Wille der Parteien bei Begründung der Obligation nicht auf sofortige Erfüllung gerichtet ist, der Gläubiger vielmehr im Allgemeinen seine Befriedigung erst nach einer an den Schuldner von ihm gerichteten Aufforderung erwartet. In Fällen dieser Classe halte ich die concrete Begründung des Klagerechts nicht, (wie v. Savigny annimmt), durch die vorausgegangene fruchtlose Aufforderung des Schuldners für bedingt. Von diesem Standpunkte aus kann auch der Beginn der Klagenverjährung nicht erst von diesem Momente an, sondern er muß von dem Zeitpunkte an berechnet werden, in welchem die Obligation definitiv begründet worden ist. L. 94 §. 2 Dig. de solut. et lib. (XLVI, 3); L. 1 §. 22 Dig. depositi (XVI, 3) lassen sich ohne eine gezwungene Auslegung nicht anders, als in dem Sinne verstehen, daß das Klagerecht sofort mit der Obligation selbst begründet sey. Könnte noch ein Zweifel obwalten, so müßte er durch L. 8 §. 7 Dig. de precario (XLIII, 26) jedenfalls behoben werden, auf welche Stelle nach Thon insbesondere Schmidt (Interdicte S. 122 Anm. 16), Arndts, dann unser Vf. (S. 42) und neuestens auch Demelius (Untersuchungen aus d. röm. Civilrechte. 1. Heft. Weimar 1856 S. 175) hingewiesen haben. — Man muß diesem nach allerdings zugeben, daß es nach römischem Rechte Obligationen gebe, deren klagweise Verfolgung keineswegs durch eine Rechtsverletzung bedingt ist. Demelius sagt zwar (a. a. O. S. 172): „für uns ist die Rechtsverletzung vorhanden,

seitdem der Schuldner durch unbetagten Realcontract verpflichtet war, und doch die Leistung, sey es immer mit Billigung des Gläubigers, ausließ"; allein es bedarf wohl keines Beweises, daß ein solches Verhalten des Schuldners keine Verletzung des Rechtes des Gläubigers enthalte. Solange dieser den ersteren zur Zahlung nicht auffordert, erscheint der Wille des Gläubigers unverändert auf die Belassung dessen im Vermögen des Schuldners gerichtet, was dieser ihm zurückleisten soll; der Schuldner handelt, indem er seine Verbindlichkeit noch nicht erfüllt, so, wie es dem Willen des Gläubigers angemessen erscheint, verletzt also dessen Recht auch nicht. Es ist eine ganz willkürliche Bedeutung, welche man dem Worte „Verletzung" unterschiebt, wenn man in dem erwähnten Falle von einer Rechtsverletzung spricht. — Es gibt aber auch Obligationen, bei welchen das abstracte und das concret begründete Klagerecht der Zeit nach auseinander fallen können. (Demelius behauptet das Gegentheil a. a. O. S. 146. 148. 158.) Dahin gehören u. a. solche Obligationen, welche dem Schuldner ein bestimmtes Verhalten dauernd zur Pflicht machen, z. B. ein auf bestimmte Zeit, oder auf Kündigung eingegangener Pacht. Wenn der Schuldner hier zur gehörigen Zeit mit der Erfüllung seiner Verbindlichkeit beginnt, auch eine Zeit darin pflichtmäßig beharrt, so kann der Gläubiger sein Klagerecht ohne Zweifel nicht eher geltend machen, als bis der Schuldner die weitere Erfüllung der Obligation aussetzt, den Gläubiger also in seinem Rechte verletzt. Bis dahin ist aber das Klagerecht des letzteren dennoch abstract begründet.

Wie verhalten sich aber sogenannte Präjudicialklagen zu der Theorie von der Verletzung als Bedingung der Klage? Die herrschende Lehre verstand früher unter P. Kl. solche Klagen, welche auf Geltendmachung eines status gerichtet sind. (S. Glück Pandekten III. 542 f.); auch bei Savigny (System V. S. 20) findet sich noch diese Auffassung. Unter den Aelteren meint z. B. Dabelow (Pandektenrecht I. (1816) S. 522) sogar, daß die praejudicia deßhalb in rem genannt wurden, weil der status den sie verfolgen, eine res incorporalis ist. Unser Vf. hält P. Kl. auf Anerkennung von Obligationen, nach römischem Rechte für zweifellos zuläsig. In der That zählt §. 13 *Inst.* de action. die P. Kl. nicht taxativ auf, sondern es heißt dort nur, ähnlich

wie bei *Gajus* IV. 44. praej. actiones, quales sunt etc. (*Gajus* fügt den von ihm angeführten Beispielen noch hinzu: et aliae complures.) Die justin. Institutionen geben übrigens gar keine Definition der act. praej.; und der bei *Gajus* als eigenthümliches Merkmal derselben angeführte Umstand, daß die ihnen entsprechende formula bloß eine intentio enthalte, läßt sich auch auf Klagen angewendet denken, welche ein anderes Verhältniß, als einen status durchzuführen bezwecken. Daher fassen auch neuere Juristen, wie z. B. Puchta, Böcking, die P.-Kl. allgemein als Klagen auf, welche auf Anerkennung eines bestrittenen oder zweifelhaften, als Voraussetzung anderer Rechte wichtigen Zustandes oder Ereignisses sich beziehen. Dieß halte ich auch für das Richtige, und darauf deutet wohl L. 30 Dig. de reb. auct. jud. poss. (XLII. 5.) hin. (Einige wollen freilich in dieser Stelle statt praejudicio lesen per judicem. *Cujac.* ad §. 13 J. de act. *Huber* praelect. I. p. 437. Mit Bezug auf die cit. L. 30 nimmt auch Heffter Civ.-Proceß (2. A.) S. 112. 113 die Zuläßigkeit der praej. act. nach röm. Recht für Obligationen an, läugnet sie aber für dingliche Verhältnisse selbst nach röm. R., und nach heutigem Rechte für beide Classen von Rechten.) Gewiß sind diese Klagen in jedem Falle dadurch bedingt, daß der Gegner des Interessirten sich so verhalten habe, daß daraus sein Wille erhellt, er wolle die ihn treffenden rechtlichen Consequenzen einer Thatsache von sich abwenden, oder sich Befugnisse wider den Kläger vindiciren, welche Consequenzen eines nicht vorhandenen Rechtsverhältnisses wären; (Affirmative und negative P.-Kl. S. auch Fälle bei Holzschuher Casuistik III. S. 44); kurz ein rechtswidriger Wille, die Bestreitung des Rechtes, ist hier Voraussetzung der Ausübung des Klagerechts. W. sagt, es sey unrichtig, dem praejudicium jene Rechte gegenüber zu stellen, auf deren Anerkennung geklagt wird; man müsse vielmehr, wenn ja schon ein Recht dem praejudicium gegenüber stehen soll, ein Recht auf Anerkennung des rechtlich oder factisch Bestehenden annehmen (S. 17). So wenig es aber zur Erklärung der dinglichen Klage, welche zunächst auch auf Anerkennung des dinglichen Rechts gerichtet ist (s. auch Unger System des österr. allg. Privat-Rechts I. [1856] S. 521), der Annahme eines besonderen Rechtes auf Anerkennung des bestehenden Rechtes bedarf, sondern die Klage vielmehr durch das Recht

und dessen Verletzung concret begründet erscheint, so auch verhält es sich mit der affirmativen P.-Kl. Wer das Recht bestreitet, der verletzt es. Was aber die negative P.-Kl. betrifft, so genügt es wohl, darauf hinzudeuten, daß die, oben als ihre Voraussetzung, angegebene Handlungsweise des Beklagten ganz auf einer Linie mit anderen Verletzungen unserer Persönlichkeit stehe.

Das Resultat dieser Erörterungen ist also, daß das Klagerecht nach der Seite seiner concreten Begründung, seiner Ausübung, nicht wesentlich durch eine Verletzung des Rechtes bedingt sey, welchem die Klage als Schutzmittel inhärirt. — W. behauptet daher mit Recht, daß man die actio nicht lediglich als ein Schutzmittel des verletzten Rechtes auffassen dürfe. Die actio ist vielmehr allgemein das Mittel der gerichtlichen Verfolgung des Rechtes; diese Verfolgung aber ist im Einzelnen, je nach dem Unterschiede der Rechte, bald ohne Rücksicht auf eine Verletzung, bald erst nach eingetretener Verletzung möglich. Windscheid wird aber das Verdienst der Neuheit für diesen Theil seiner Theorie nicht in Anspruch nehmen wollen, denn schon vor ihm haben u. a. Thon in der Z. f. Civ.-R. und Pr. VIII. S. 36 f. v. Vangerow Arch. f. civ. P. XXXIII. S. 293 f. u. Pandekten I §. 147, dann v. Holzschuher Casuistik I S. 175 Anm. denselben Gedanken vertheidiget. Die Wahrheit desselben berechtiget durchaus nicht, einen Schluß auf die Selbständigkeit der actio zu ziehen. Diese „Selbständigkeit" ist das Neue in W's Theorie, wogegen ich früher bereits mich ausgesprochen habe.

W. findet eine prägnante Bestätigung der Selbständigkeit der actio in dem Umstande, daß die Eintheilung der actiones in a. in rem und a. in personam, neben, ja selbst vor der Eintheilung der Rechte, von den Römern behandelt werde.

Dieses Argument wäre, wenn sich wirklich eine aparte Eintheilung der Rechte in den Quellen fände (was nicht der Fall ist), wohl scheinbar, aber nicht schlagend. Es hängt allerdings, wie der Vf. sagt, von der eigenthümlichen Natur des Rechtes ab, ob das ihm innewohnende Klagerecht ein in rem, oder ein in personam wirkendes sey.

Theilt man nun die Klagrechte (actiones) in a. in rem und a. in personam ein, so hat dieß keine andere Bedeutung als die daß man einen aus der Natur der Rechte folgenden Unterschied als Unterschied

und Eintheilung der Klagrechte behandelt, weil er eben auf die gerichtliche Verfolgung sich bezieht. Man kann daher die Rechte eintheilen z. B. in einfache und zusammengesetzte, erstere weiter in Vermögens-Rechte und Familien-Rechte u. s. w., und nebenher eine Eintheilung der Klagrechte aufstellen in a. in rem, und a. in personam, ohne die actio als etwas Selbständiges gegenüber dem Rechte anzunehmen.

Die Anwendungen, welche W. von seinem Begriffe der actio macht, sind zum Theil solche, welche auch ohne Zuhülfenahme desselben sich ableiten lassen, theils aber kann man dieselben, nach meinem Dafürhalten, nicht für richtig erkennen. Ich hebe aus der diese Anwendungen in sich fassenden Ausführung des Vf. jene Punkte heraus, welche mir ein größeres Interesse darzubieten scheinen.

W. greift die herrschende Theorie in Bezug auf die Lehre von der Litis-Contestation mit Entschiedenheit an.

Die herrschende Theorie, sagt W., stellt an die Spitze der Lehre von der L.-C. den Satz, daß die actio durch dieselbe consumirt werde, — einen falschen Satz — durch welchen diese Theorie den Gedanken auszudrücken glaube, daß durch die L.-C. jede fernere actio über denselben Gegenstand ausgeschlossen werde (S. 47—50). Consumirt wird die actio erst durch das Urtheil (S. 72), durch die L.-C. hingegen so wenig afficirt, daß sie vielmehr hiedurch erst die Fähigkeit erlangt, Einflüssen zu trotzen, denen sie sonst unterliegt, nämlich dem Tode einer Partei, und dem Zeitablaufe. Jener Gedanke, welchen die herrschende Theorie so falsch ausdrücke, sey wohl ein Fundamentalsatz des röm. Rechts, mit unserem Rechtsbewußtseyn aber im Widerspruche, und überhaupt nur erklärbar, wenn man die actio als etwas Selbständiges annehme. W. argumentirt nämlich so: Gibt das Recht Gerichte zum Schutze der bestehenden Rechte, so ist es unbegreiflich, daß es sein Gericht nur einmal gibt; gibt es aber Rechte dadurch, daß es Gerichte gibt, so ist es nicht bloß begreiflich, sondern auch natürlich, daß es seine Gerichte nur einmal gibt (S. 51). Diese Auffassung der actio könnte aber, wenn sie auch richtig wäre, doch nur beweisen, daß dem Urtheil jene ausschließende Kraft zukomme. Weil die L. C. jede fernere actio über denselben Gegenstand ausschließt, und die actio der erschöpfende Ausdruck der obligatio ist, so wird, nach W., die

obligatio durch die L.-C. consumirt (*Gajus* III. 180: adhuc obligatio tollitur litis contestatione); das dingliche Recht aber wird in keiner Weise afficirt, weil die actio nicht der erschöpfende Ausdruck für das dingliche Recht ist; aber jede fernere actio wird auch hier wieder ausgeschlossen (S. 51, 52). Auch die obl. wird nur in Rücksicht der Wiederholung der actio (durch Ausschließung derselben) afficirt, im übrigen dauert sie ungeschwächt fort; die L.-C. enthält nur den Schein der Novation (S. 54. 58. 59). — W. bleibt sich aber nicht völlig treu. Er kann nicht umhin, anzuerkennen, daß die (in der von ihm gemeinten Weise) nach der L.-C. fortdauernde Obligation sich nun in einem wesentlich anderen Zustande befinde, als vor der L.-C. —

Die obligatio, sagt er, ist nun in das judicium aufgegangen, sie ist nicht mehr als Selbständiges vorhanden, sondern als Agens des judicium, und ihrem Erfolge nach abhängig von dem Resultate des judicium; vor der L.-C. hat der Berechtigte die obligatio, nach derselben das judicium; er erhält nicht das, was die Obligation besagt, sondern was das judicium ihm zuspricht (S. 58). Hiernach kann es dem Vf. nicht mehr helfen wenn er (S. 60 f.) sagt, das judicium sey nichts neues, sondern nur Realisirung dessen, was schon früher, aber nur als „Recht" vorhanden gewesen, und es enthalte deßhalb keine Novation. — Freilich steht die Novation der alten L.-C. nicht auf derselben Linie mit der vertragsmäßigen Novation, und daraus erklären sich die Differenzen zwischen beiden, insbesondere auch die Fortdauer der Accessionen der alten obligatio (Keller, Civil-Proc. S. 244 f. 2. A.), woraus W. ein Argument für seine Ansicht ableiten will. S. 55 f. S. insbes. über L. 35 D. de usur. (XXII. 1.) Madai, Mora S. 369 ff.

Auch die novirende Kraft des condemnatorischen Urtheiles stellt W. in Abrede (S. 112 f.). Er führt gegenüber der c. 3 Cod. de usuris rei jud. (VII. 54) und anderen Stellen an, daß das beneficium competentiae, das b. cedendarum actionum, die exceptiones Sett. Vellejani et Macedoniani auch gegen die actio judicati gerichtet werden können; ferner daß die durch die mora des Schuldners begründete Verbindlichkeit zur Leistung von Früchten durch das Urtheil nicht aufgehoben werde, und daß der während des Processes eintretende Bürge auch nach Schöpfung des

Urtheiles noch weiterhin hafte. W. folgert daraus, daß die Römer ihre actio judicati als ein Mittel zur Durchsetzung des im Urtheile zuerkannten, nicht aber als Mittel der Geltendmachung von etwas materiell Neuem angesehen haben. Das Urtheil hat wohl Aehnlichkeit mit der Novation, begründet aber ein eigenthümliches Verhältniß, welches die materielle Identität des neuen Anspruches nicht derart von der formalen Verschiedenheit desselben absorbiren läßt, wie die eigentliche Novation. Das Princip, welches das Urtheil dießfalls beherrscht, und bald die Identität, bald die Verschiedenheit mehr hervortreten lasse, findet W. darin (L. 29. Dig. de novat. XLVI. 2), daß der Berechtigte durch das Urtheil in keine schlechtere Lage, als selbe vor dem Urtheile war, versetzt werden dürfe. Die c. 3. Cod. cit. gebe irriger Weise die novirende Kraft des Urtheiles als Grund an, warum der Zinsenlauf mit dem Urtheile aufhöre; irrig sey dieser Grund, weil sonst auch die Verzugszinsen aufhören müßten, wovon L. 3. pr. D. de usuris (XXII. 1) das Gegentheil sage (S. 116 f.).

Hier scheint mir der Vf. seinem Actionenbegriffe nicht recht treu geblieben zu seyn. W. findet einen Unterschied zwischen L. C. und Urtheil darin, daß erstere die alte actio bestehen lasse, dieses aber die actio consumire. Ist nun die actio durch das Urtheil aufgehoben, so muß auch der Anspruch consumirt seyn, und an seine Stelle der neue Anspruch aus dem Urtheile treten, dessen Ausdruck die actio judicati ist. Daß das Urtheil mit einer novatio voluntaria nicht auf eine Linie zu stellen sey, ist vollkommen richtig, aber auch kaum von jemanden behauptet worden. Daß übrigens das von W. aus L. 29. Dig. de novatt. (vgl. auch L. 86. de reg. jur.) abstrahirte Princip die aus dem Urtheil entstehende Obligation nicht in dem Umfang beherrsche, in welchem W. es anzunehmen scheint, geht schon daraus hervor, daß ja das Urtheil dem Berechtigten auch weniger zuerkennen kann, als ihm nach dem wirklichen Inhalte seines Rechtes eigentlich gebührt hätte.

Besonderen Nachdruck legt W. auf die Anwendung seines Actionenbegriffes auf die Lehre von dem activen Uebergange der Obligation durch die Cession. Die einem Rechte entsprechende Actio, sagt er, kann auf einen Anderen übergehen, ohne daß das Recht zugleich überginge, dem sie entspricht; ihre Unabhängigkeit

vom Rechte befähigt sie hiezu. Wird nun zugleich dem Berechtigten (der nur für das Recht berechtiget ist) die actio verweigert, so ist, von Seite des Gerichts aufgefaßt, eine Singular-Succession in die Obligation vorhanden. Auf diese Weise deducirt W. die S.-S. in Obligationen nach der activen Seite hin (S. 119 ff.). Die Darstellung der Geschichte des Institutes der Cession, welche W. auf diese Firirung des Ausgangspunktes seiner ganzen Lehre folgen läßt, beginnt, wie es in der Natur der Sache liegt, mit dem mandatum in rem suam, und geht von da zu der Einführung der utilis actio für den Cessionar über. W. legt dabei vorzüglich auf solche Stellen Gewicht, welche, wie L. 55 Dig. de procur. (III. 3), c. ult. C. quando fisc (IV. 15), c. 18. C. de leg. (VI. 37) sagen, daß diese utilis actio dem Cessionar suo nomine zustehe, und folgert daraus, daß sie nicht auf der Fiction eines Mandates beruhend gedacht werden könne, sondern eine eigene actio des Cessionars sey. Der Inhaber der utilis a., fährt W. fort, ist, sobald der Uebertragungs-Act rücksichtlich der Forderung durch die Besitzergreifung, Denunciation an den Schuldner perfect geworden ist, der vom Gerichte anerkannte Gläubiger; der Cedent mag das Recht haben, allein er hat den gerichtlich verfolgbaren Ausspruch nicht mehr, diesen hat, wie gesagt, der Cessionar. Vor der denunciatio hat der Cessionar zwar die actio, aber noch nicht unwiderruflich. Für uns besteht der Gegensatz zwischen Recht und actio nicht mehr, wir müssen daher ohne Umschweif sagen: die Obligation geht durch die Uebertragung auf den Cessionar über.

Der Unterschied nun, welchen W. zwischen „Gläubiger für das Recht", und „Gläubiger für das Gericht" macht, ist ebensowenig statthaft als seine Theorie von der Selbständigkeit der actio, welcher jene Unterscheidung lediglich ihren Ursprung verdankt. Das mandatum in rem suam schließt übrigens diesen Dualismus der Gläubigerschaft, selbst wenn man W.s Actionenbegriff annimmt, von vornherein aus. Ein solches m. in rem. s. war auch nach neuestem römischen Recht möglich, und ist gewiß nach heutigem Rechte nicht minder zulässig. Die utilis actio, die dem Cessionar suo nomine zusteht, ist eine Erscheinung, welche beweist daß im späteren röm. R. der Cessionar wirklich als der eigentlich Berechtigte, nicht bloß als der für das Gericht Berechtigte angesehen

wurde, denn die actio hat das Recht zu ihrer Voraussetzung. So scharfsinnig W. auch den Gedanken ausführt, daß die utilis actio des Cessionars keine ficta mandati a. sey, weil es sonst nicht heißen könnte, daß sie ihrem Inhaber suo nomine zustehe, so scheint es mir doch in der Natur des eigenthümlichen Entwicklungsganges der Cession zu liegen, welcher von dem mand. in rem suam seinen Anfang nahm, daß die Fiction der mandati actio, mit a. W. die Fiction, der Cessionar sey Mandatar, und als solcher berechtiget im Namen des Cedenten zu klagen, den Uebergang zu der Auffassung bildete, daß der Cessionar die Obligation selbst habe, und nicht bloßer Stellvertreter, zu seinem eigenen Vortheile, sey. — Der Ursprung des Cessionsinstitutes in dem mandatum in rem suam erklärt es auch, daß der Begriff des Mandates seinen Einfluß auf die Gestaltung des Rechtsverhältnisses der Cession nie ganz verlor. Weil jenes Mandat eine Bevollmächtigung zur Klageanstellung ursprünglich wirklich war, und später die Fiction des Mandates zu Hilfe genommen wurde, so kann es endlich auch nicht befremden, daß noch im neuesten röm. Recht der Uebergang der *actio* betont wird, wie denn auch sonst im röm. R. öfters alte Namen beibehalten wurden, nachdem die alte Sache sich schon geändert hatte.

Die Denunciation bestimmt W., wie schon bemerkt wurde, als Besitzergreifung der übertragenen Forderung (Ausübung des Forderungsrechtes) von Seite des Cessionars. W. folgt hier dem Beispiele von Muffet (Zeitschr. f. Civil-R. u. Pr. R. F. XII. Bd. 2.). Er leitet daraus ab, daß sie mit Wirkung nur durch den Cessionar, also nicht durch den Cedenten geschehen könne; daß, in dem Falle, da der Cedent nach der Cession, aber vor der Denunciation, die cedirte Forderung weiter cedirt, derjenige Cessionar von dem Schuldner befriedigt werden müsse, der ihm zuerst denuncirt hat; endlich, daß der Cedent, vor geschehener Denunciation, die Cession wirksam contramandiren könne (S. 190 f.). — Aber die Berechtigung dieser Begriffsbestimmung ist nicht nachgewiesen, und nicht unbedenklich. Obligationen sind überhaupt kein Gegenstand des Besitzes; es paßt daher die von W. von der Erwerbung der Servituten hergenommene Analogie nicht auf die Cession. Es liegt die Auffassung viel näher (wie auch W. S. 188 nicht läugnen kann), daß die Denunciation des

Schuldners wegen eingeführt wurde, um ihn vor Nachtheil zu schützen. Die Denunciation kann von diesem Gesichtspunkte aus gar nicht entbehrt werden, und consequent muß man dann die wirkliche Erwerbung des Forderungsrechtes durch den Cessionar bis zur Denunciation hinausschieben. Daß übrigens die Cession von dem Cessionar an den Schuldner denuncirt werden müsse, ist gar nicht so ausgemacht, als W. nach c. 3. C. mandati annimmt, und es sprechen wohl Gründe für die Zulässigkeit einer wirksamen Denunciation durch den Cedenten. (Vgl. auch Arndts Pandekten. §. 256. Anm. 1. S. 381. 2. A.)

Die Lehre von der exceptio rei judicatae hat der Vf. einer ziemlich umfänglichen Behandlung gewürdigt. Die Erörterung der sog. positiven Function dieser Einrede gehört zwar, wie der Vf. selbst sagt, nicht eigentlich zu dem Gegenstande seines Werkes, weil sie unabhängig von seinem Begriffe der actio sich entwickelt. W. hat sich zu der näheren Untersuchung dieser Function deßhalb bestimmt gefunden, weil die Bekker'schen Angriffe auf dieselbe eine Vertheidigung der Savigny'schen Theorie herausfordern, welche bisher noch nicht in ausführlicher Weise erfolgt ist. Dieser Theil von W.s Schrift soll im Nachstehenden noch eingehender besprochen werden.

Das Wesen der Rechtskraft wird in unseren Quellen nicht nur ausdrücklich anerkannt, L. 207. Dig. de reg. juris, sondern auch das wird anerkannt, daß diese veritas rei jud. im Zwecke des Urtheiles liege, L. 6. Dig. de exc. rei jud. (XLIV. 2.). Die Rechtskraft wäre nur eine halbe, wenn sie bloß die Wiederholung der abgeurtheilten Klage ausschlösse, nicht aber so weit reichen würde, daß das im Urtheile Anerkannte zwischen den Parteien für alle Zeit unantastbar zu bleiben habe, es möge zwischen ihnen künftig in was immer für einer Beziehung wieder geltend gemacht werden. Diesen Inhalt der Rechtskraft löst die herrschende Theorie, seit Keller, in zwei Momente oder „Functionen" auf, die negative und die positive, und lehrt, daß die negative Function der exc. rei jud. das bloße Daseyn des Urtheils, ganz ohne Rücksicht auf seinen Inhalt, geltend mache, also dort zur Anwendung komme, wo schon die bloße Berufung auf den Umstand genüge, daß geurtheilt worden, um die Wiederholung der actio auszuschließen, gleichgültig wie das Urtheil laute; dagegen,

daß die positive Function der exc. r. j. dort Platz greife, wo man mit der negativen F. nicht auslange, sondern den materiellen Inhalt des rechtskräftigen Urtheiles geltend machen müsse, um zum Ziele zu gelangen. — W. beanstandet zuerst die herrschende Formulirung der „negativen F." Nicht Wiederholung derselben actio, sondern nur abermalige Erhebung einer Klage über denselben Gegenstand, sey die Voraussetzung der exc. in dieser ihrer Function (S. 76). Der Gegenstand ist aber nach W. das, was man von dem Gegner verlangt (S. 76), dessen Inhalt und Grund zugleich für die Beurtheilung der Identität maßgebend sind (S. 77). Dieß soll zunächst durch L. 25. §. 1. Dig. de exc. r. j. begründet werden, wo es heißt, daß, wenn zuerst fruchtlos mit der actio redhibitoria oder quanti minoris geklagt wurde, und hierauf wieder mit der actio qu. m. resp. redhibitoria geklagt wird, die exc. r. j. entgegenstehe, . . nam posterior actio (sc. qu. min.) etiam redhibitionem continet, si tale vitium in homine est, ut eum ob id actor emturus non fuerit. Dagegen läßt sich aber einwenden, daß diese Stelle sich auch so auslegen lasse, daß die zweite Klage schon durch das bloße Daseyn des Urtheiles über die erste ausgeschlossen erscheine (Savigny VI. 425), daß beide Klagen unter der erwähnten Voraussetzung (s. oben nam posterior etc.) wirklich nur in dem Namen, nicht aber im Inhalte verschieden seyen, und daß die herrschende Theorie die Identität der Klage nicht nach dem Namen beurtheile. Ueber die weiters von W. angeführte L. 1. §. 21. D. de tutelae etc. (XXVII. 3) sagt er selbst (S. 78. Anm. 14), es sey nicht ganz sicher, ob diese Stelle nicht davon spreche, daß die eine actio durch die Befriedigung der andern erst beseitiget werde, worauf auch schon Savigny (VI. 425) aufmerksam gemacht hat.

In Betreff der sog. positiven Function der exc. rei jud. unterzieht W. namentlich Bekker's Theorie einer umständlichen Erörterung, und kommt zu dem Resultate, daß sich keineswegs alle Wirkungen der exc. rei j. aus der negativen Seite erklären lassen, was Bekker in seiner schätzbaren Arbeit über „die process. Consumtion" (1853) behauptet hat. W. führt zunächst (gegen Keller) an, daß L. 40. §. 2. Dig. de proc. (III. 3.) und LL. 15. 19. 30 §. 1. D. de exc. r. jud. nicht nothwendig von der positiven Function der Einrede verstanden werden müssen,

sondern wohl auch aus deren negativer Function erklärt werden können, in dem Sinne nämlich, daß der sachfällige Geklagte deßhalb nicht als Kläger auftreten könne, weil sein Anspruch schon einmal Gegenstand des Urtheiles gewesen sey, nicht aber darum, weil er aberkannt worden (S. 84. 85). Wenn der Kläger obsiegt, so ist durch das Urtheil zugleich entschieden, daß der Geklagte das Recht, welches er sich beilegte, nicht habe, was im entgegengesetzten Falle nicht stattfindet. Damit dürfte aber doch bewiesen seyn, daß hier gerade das „Aberkennen" den Grund der exc. rei j. bildet. So muß auch L. 19 de exc. r. j., welche W. in derselben Weise auslegt, wie die oben citirten Stellen, verstanden werden. Um das Bestehen und den Umfang der positiven Function unserer Einrede richtig zu bestimmen, unterscheidet W. drei Fälle, in Bezug auf welche Savigny ohne Unterschied das Daseyn der Einrede vertheidigt.

Erster Fall. Der im gegenwärtigen Processe erhobene Anspruch ist ein solcher, welcher bereits in einem früheren Processe als Voraussetzung eines anderen, nicht dasselbe bezweckenden Anspruches vorgebracht und abgeurtheilt wurde (S. 87 und 93). Keine der dießfalls gegen S. angeführten Stellen beweise gegen, aber auch keine für ihn. — L. 15. §. 4. de exc. r. j. legt W. richtig dahin aus, daß dort gar kein Urtheil gemeint sey (S. 89). Zu L. 5. §§. 8. 9. 18. Dig. de agn. et al. lib. (XXV. 3.) und L. 10. D. de his etc. (I. 6.) bemerkt W. gegen Dernburg, daß, wenn auch das summatim nicht auf den Grad der richterlichen Ueberzeugung zu beziehen wäre, doch die Alimentensachen extra ord. verhandelt worden seyen (cit. Keller, Proc. §. 81. Note 958. S. 336), das dießfällige Decret also dem richterlichen Urtheile nicht ebenbürtig gewesen sey. Allein die Frage, ob das Decret, das extra ordinem erfloß, rechtskräftig geworden sey, wie ein Urtheil, ist streitig. (Bejaht wird sie von Keller S. 339. Note 974. Verneint von Puchta, Instit. II. §. 177. o.) Das summatim cognoscere erklärt die Entscheidung in L. 5. cit. hinlänglich, wenn es so verstanden wird, wie W. nach Savigny meint (s. auch Bethmann-Hollweg Civ.-Pr. S. 381), wofür L. 5. §. 20 de agnosc. deutlich spricht. — Rücksichtlich der c. 1. Cod. de ord. jud. (III. 8.) bleibt W. eigentlich im Resultate bei dem stehen, was schon S. bemerkt hat, daß diese Stelle

weder für noch gegen S. beweise (S. 90). — L. 17. und L. 23. Dig. de exc. r. j. vertheidigt W. (S. 91) richtig wider die Gegner Savigny's. — Die bekannte L. 7. §§. 4. 5. Dig. eod. legt W. dahin aus, daß der Kläger in den beiden dort genannten Fällen dasselbe, nämlich das Recht an der Erbschaft, nur jedesmal in anderem Umfange, geltend mache; weßwegen die cit. Stelle durch Entscheidung des Falles, da der Kläger zuerst eine Singularklage und dann die hereditatis petitio anstellt, und durch exc. rei jud. abgewiesen wird, nicht für den, oben formulirten ersten, Fall (sondern nur für die e. r. j. in ihrer negativen Function) beweisen soll. Dieser Fall kann aber einzig so verstanden werden, daß der Kläger zuerst die Eigenthumsklage oder die actio in personam aus einer Obligation angestellt, und in dem Processe mit dem, zu seiner Legitimation zu führenden, Beweise seines Erbrechtes durchgefallen ist, wornach das Erbrecht als Präjudicialpunkt im früheren Processe erscheint, und die Stelle für S. beweisend ist. Der von dem Juristen in jener Stelle angegebene Entscheidungsgrund kann offenbar nicht wörtlich genommen, und als Schluß vom Ganzen auf den Theil aufgefaßt werden; denn er paßt in diesem Sinne auf den besprochenen Fall gar nicht, und ist in diesem Verstande auch darum falsch, weil der Gegenstand der hereditatis petitio nicht die Erbschaft, sondern das Erbrecht ist. Ulpian wollte in der That sagen (wie W., obschon er anfänglich an die wörtliche Bedeutung des Satzes sich hält, dann doch entwickelt), es sey über das Erbrecht schon erkannt worden, und das damalige Erkenntniß müsse jetzt zur Richtschnur dienen; er hebt nur den Umstand nicht speciell hervor, daß im ersten Processe der Anspruch als Voraussetzung des andern abgeurtheilt wurde. Ich kann W. nicht beistimmen, wenn er sagt, daß der Kläger in beiden Fällen dasselbe Recht verfolge (das „Recht an der Erbschaft" und das Recht an den einzelnen Nachlaßstücken seyen nicht verschieden von einander); denn in dem einen Falle wird das Erbrecht (das Recht, die ganze vermögensrechtliche Persönlichkeit des Verstorbenen zu repräsentiren), in dem anderen das Eigenthums- oder ein Forderungsrecht verfolgt, welches durch das Erbrecht vermittelt wird.

Zweiter Fall. Der in einem Processe selbständig vorgebrachte und abgeurtheilte Anspruch wird später als Voraussetzung

eines anderen Anspruches geltend gemacht. — W. bemerkt zunächst (S. 94), daß L. 8. und L. 11. §. 3. D. de exc. rei jud. und L. 25. §. 8. Dig. famil. erc. (X. 2.) nicht für S. beweisen, weil die Klagen in beiden nur einen formellen Unterschied haben. Müßte man dieß auch zugestehen, so wäre doch die Auslegung zu beanstanden, welche W. dem hieher gehörigen Theile der cit. L. 7. §§. 4. 5. de exc. rei jud gibt. Ulpian erklärt daselbst die Einrede für zuläßig, wenn zuerst die hered. petitio, und dann die Eigenthumsklage oder Forderungsklage angestellt wird. Ulpian soll vom Ganzen auf den Theil schließen, die exceptio also wieder in ihrer negativen Function anerkennen. Da aber als Gegenstand der her. pet. nicht die Erbschaft, sondern das Erbrecht ist, so paßt dieser Schluß nicht, und ich lege die Entscheidung Ulpian's in der obigen Weise, nur in umgekehrter Richtung aus, sehe sohin die Stelle als für Savigny beweisend an. — L. 26. §. 1. Dig. de exc. r. j. erklärt W., ähnlich wie die eben berührte Stelle, dahin (S. 96) daß derjenige, welcher zuerst auf das Grundstück, und später auf die demselben nachher zugewachsene Insel klagt, in der zweiten Klage eigentlich nichts anderes begehre, als was er in der ersten begehrte. Allein hier wird etwas eingeklagt, was erst später zu der Hauptsache hinzukam, das nur unter der Voraussetzung des Eigenthums an der Hauptsache erworben wurde. Die Stelle beweist also für S. Von diesem Gesichtspunkte muß auch L. 7. §§. 1. 3. eod. ausgelegt werden, welche W. S. 97 nur zum Theile wieder gibt. Er hält sich an die Worte „exceptio non nocet," und folgert daraus, daß in L. 26. §. 1. cit. der Entscheidungsgrund um so gewisser in dem Schlusse vom Ganzen auf den Theil zu suchen sey, weil sonst beide Stellen sich widersprechen würden. W. hält L. 7. §§. 1. 3. cit. sogar für ein directes, aber doch nicht ganz entscheidendes Zeugniß gegen S. (S. 97). Allerdings scheint zwischen dem §. 1. und dem §. 3. der L. 7. de exc. r. j. ein Widerspruch zu seyn, allein schon Vangerow hat (Pandecten I. §. 173) bemerkt, daß §. 3. von einem obsiegenden Kläger zu verstehen sey. Hiermit fällt der Widerspruch zwischen beiden §§. der L. 7. weg, und sohin auch die Veranlassung, die L. 26. §. 1. im Sinne W.s auszulegen. — W. hebt endlich hervor daß L. 33. §. 1. de exc. r. j. nur im Sinne S.s verstanden werden können (S. 98 f.).

Dritter Fall. Ein in dem früheren Processe als Voraussetzung eines Rechtes abgeurtheilter Anspruch wird im späteren Processe als Voraussetzung eines anderen Rechtes vorgebracht (S. 101 f.).

W. bemerkt zu L. 28. §. 4. Dig. de jurej. (XII. 2.), mit Grund, daß diese Stelle nicht sicher für S. beweise, weil es unbestimmt bleibt, ob daselbst gemeint sey, daß der Eid über die Thatsache oder über die Verpflichtung des Geklagten geschworen worden. Dagegen hält er L. 13. §. 2. eod. für entscheidend, weil die Gleichstellung der res jud. mit dem Urtheile consequent durchgeführt werden muß. Endlich hebt W. die, bisher nicht beachtete L. 1. Dig. de exc. r. jud. hervor, und benutzt sie durch einen Schluß a contrario als Beweismittel für die Statthaftigkeit der exc. rei jud. in den Fällen der dritten Kategorie. Der Vf. macht auch auf die Ungereimtheit aufmerksam, welche daraus folgen würde, wenn man der exc. rei jud. ihre sog. positive Function absprechen wollte. Die Inconvenienz bestände darin, daß die exc. r. jud. dann auch dem im Urtheile zuerkannten Anspruche entgegenstünde, und erst wieder durch die replicatio, „si non secundum me judic. est" paralysirt werden müßte. Die positive Function muß sich auch in der Richtung geltend machen, daß dem Gegner das im Urtheile rechtskräftig Zuerkannte nicht mehr bestritten werden darf. — Allegirung des Urtheiles als Beweismittel mit Ausschluß des Gegenbeweises ist der angemessene Weg, um zum Ziele zu gelangen.

So weit der Vf. — Ich schließe hiemit meine Besprechung seines Werkes, dessen Inhalt übrigens noch manches der Erörterung Würdige darböte. Dahin gehört z. B. die Lehre von der Schuldübernahme, welche W. vom Standpunkte des römischen Rechts im Sinne der herrschenden Lehre (gegen Delbrück) kurz behandelt, nach heutigem Rechte aber als einen auch ohne Zuziehung des Gläubigers den Uebernehmer diesem gegenüber bindenden Act erklärt.

Wien im November 1856.

Prof. Dr. Joseph Franz Dworzak.

2) Ueber den Begriff der Rückziehung. Eine civilistische Abhandlung von Dr. Hermann Fitting, Privatdocenten der Rechte zu Heidelberg. Erlangen, Verlag von Andreas Deichert. 1856. (126 S.)

Diese Schrift ist die erste civilistische, mit welcher der Vf. vor das Publicum tritt. Er hat dabei in Beziehung auf den Gegenstand eine gute Wahl getroffen; denn er kommt durch Bearbeitung desselben eben so sehr einem wirklichen Bedürfniß der Wissenschaft entgegen, als die Beschaffenheit des Stoffs, der, an und für sich anziehend, in viele Rechtsverhältnisse eingreifend, und daher in vielen zerstreuten Aeußerungen der römischen Juristen behandelt, ganz geeignet ist, um daran den Scharfsinn, die Vertrautheit mit den Quellen und die Gewandtheit in ihrer Auslegung, welche der zu den schönsten Hoffnungen berechtigende junge Vf. besitzt, im günstigsten Lichte erscheinen zu lassen, und sich dadurch den Beifall und Dank der Fachgenossen zu erwerben. Das Werkchen soll übrigens nur Vorläufer einer Schrift über die Rückziehung der Bedingungen seyn, wie uns das Vorwort sagt; er wünscht bei dieser künftigen Schrift öffentliche Urtheile über die gegenwärtige benützen zu können. Umsoweniger wollte ich säumen, die Ergebnisse meiner Prüfung derselben hier vorzulegen.

Von den drei Abschnitten, in welche die Abhandlung zerfällt, verbreitet sich der erste über „den Begriff der Rückziehung und ihren Unterschied von einem ähnlichen Verhältnisse.“ Die erste Hälfte dieses Abschnitts gibt den Begriff und Beispiele der Rückziehung. Die Begriffsbestimmung entnimmt der Verf. aus L. 15 de reb. dub. (34, 5) und L. 98 §. 3 de solut. (46, 3), indem er die Worte dieser Stellen: res dubia est, sed ex postfacto retroducitur et apparet, quid actum est, und: cujus fuerit, eventus declaret, sitque et hoc ex his, quae (ex) postfactis in praeteritum quid fuerit, declarent, so erläutert (S. 6): „Danach hätten wir also hier Fälle vor uns, in denen erst durch einen spätern Umstand die eigentliche wahre Natur eines vorhergehenden Zustandes offenbar und bestimmt wird. Es herrschte bisher über die eigentliche rechtliche Beschaffenheit eines Verhältnisses eine Ungewißheit, welche durch den Ausfall, die Gestaltung eines spätern Ereignisses verschwindet.“ Ist diese Begriffsbestimmung richtig und genügend? Es scheint, diese Frage

könne nur nach vollendeter Prüfung der ganzen Schrift beantwortet werden. Ich glaube aber doch gleich hier ihre Beantwortung durch folgende Bemerkung wenigstens vorbereiten zu müssen.

Die Ungewißheit eines Zustandes kann eine doppelte seyn: eine objective (äußerliche) und eine bloß subjective (innerliche). Die Ungewißheit, ob ich von meinem Grundstück heuer eine gute Ernte machen werde, ist bis zur Zeit der Ernte eine äußerliche. Die Ungewißheit, in wie viel Scheffeln der Ertrag des Grundstücks besteht, ist während des Messens des ausgedroschenen Getreides nur eine innerliche. Dort bedarf es zur Hebung der Ungewißheit einer Thatsache, welche den äußeren Zustand (der Möglichkeit einer Mißernte und einer guten Ernte) verändert, hier einer Thatsache, welche bloß unser Bewußtseyn vor diesem Zustand verändert; das vollbrachte Messen verändert nichts an der Größe des Gegenstandes, sondern es verwandelt nur unsere Unwissenheit über die Zahl der Scheffel in ein bestimmtes Wissen dieser Zahl.

Beiderlei Ungewißheit kann auch bei rechtlichen Zuständen vorkommen: Die Ungewißheit, welche von den Jungen einer dem Nießbrauch unterworfenen Heerde dem Proprietar, welche dem Usufructuar gehören, solange der letztere noch nicht die zur Wiederergänzung der Heerde dienen sollenden ausgewählt hat, ist eine objective, äußerliche; die Ungewißheit, wer Eigenthümer einer Sache sey, welche während des Vindicationsprocesses besteht, oder bis sonst die zweifelhafte Gültigkeit eines Eigenthumserwerbsgeschäftes ermittelt wird, ist eine bloß subjective, innerliche.

Ist nun, wenn es sich bei der Rückziehung um Hebung der Ungewißheit über die Beschaffenheit eines rechtlichen Zustandes handelt, diese Ungewißheit eine objective oder subjective? Der Wortlaut der Begriffsbestimmung, die der Vf. von der Rückziehung giebt, ließe vermuthen, daß er annehme, es handle sich dabei um Hebung einer objectiven Ungewißheit; denn es ist darin die Rede von einer Ungewißheit, welche durch „den Ausfall, die Gestaltung eines späteren Ereignisses" verschwinde. Aber in der That faßte er die bei der Rückziehung erfolgende Hebung der Ungewißheit als die einer bloß subjectiven Ungewißheit auf; denn er vergleicht sie mit der Entscheidung des Zweifels, ob der im 16. Jahrhundert erschienene Komet derselbe sey, den man im 13.

beobachtete, was das Erscheinen oder Nichterscheinen des Kometen im Laufe der nächsten Jahre entscheiden werde. Oder vielmehr, er ist sich dieses Unterschieds zwischen objectiver und bloß subjectiver Ungewißheit nicht bewußt geworden, und macht also auch zwischen Hebung der einen und der andern keinen Unterschied. Erklärlich ist dieß daraus, daß freilich die objective Ungewißheit immer zugleich auch eine subjective ist. Jedenfalls aber besteht ein wirklicher thatsächlicher Unterschied zwischen beiden Arten der Ungewißheit, und es muß wenigstens gefragt werden, ob dieser Unterschied nicht auch von rechtlicher Bedeutung sey, und ob es nicht zu den wesentlichen Merkmalen der Rückziehung gehöre, daß dabei eine objective Ungewißheit gehoben werde? Daß der Vf. diese Fragen übergangen hat, halte ich für einen entschiedenen Fehler. Ich werde später zeigen, daß jener Unterschied von rechtlicher Bedeutung ist, und behaupte einstweilen, daß es sich bei der Rückziehung wesentlich um Beseitigung einer objectiven Ungewißheit rechtlicher Zustände handelt.

Daß es wenigstens bei allen den Beispielen von Rückziehung der Fall ist, welche der Vf. S. 7 ff. beleuchtet, bedarf keines Nachweises; ich darf sie nur namhaft machen: 1) jus postliminii und fictio legis Corneliae, 2) peculium castrense, im Fall der filius familias intestatus stirbt; 3) Eigenthum einer pure per vindicationem vermachten Sache, wenn der Legatar ausschlägt; 4) Erwerb durch einen servus usufructuarius, wenn dieser ein dem Proprietar und ein dem Usufructuar gehörendes Peculium hat, und aus dem einen oder andern den Kaufpreis zahlt; 5) Eigenthum des Nachwuchses einer dem Nießbrauch unterworfenen Heerde; 6) Fortdauer des Nießbrauchs an einem dem Nießbraucher per vindicationem vermachten Grundstück, welches dem mit der querela inofficiosi durchgedrungenen Sohn des Testators wieder herausgegeben werden muß; 7) Wiedereinlösung eines Pfandes nach der impetratio dominii. In keinem dieser Fälle besteht bis zur Entscheidung, welche zurückgezogen wird, eine bloß subjective Ungewißheit.

Daraus ist auch abzuleiten, was der Vf. S. 19 ff. bespricht, daß nämlich mit der Rückziehung bei einem Rechtsverhältnisse die Beurtheilung der objectiven Erfordernisse seiner Entstehung nach dem Zeitpunkt des Ereignisses, an das sich die Rückziehung knüpft,

nicht unvereinbar ist. Bestünde die Rückziehung bloß in Verwandlung einer subjectiven Ungewißheit in ein richtiges Bewußtseyn, so müßte in jener Beziehung schlechterdings auf den Zeitpunkt gesehen werden, auf welchen zurückgezogen wird.

Die zweite Hälfte des ersten Abschnittes beschäftigt sich mit dem Unterschied der Rückziehung von einem „ähnlichen Verhältniß," welches der Vf. Vorwirkung nennt. Wir lassen ihn selbst sagen, was er damit meint. „Es gibt," so lauten seine Worte S. 21 f., „eine Reihe von Fällen, welche mit den Fällen der Rückziehung das gemein haben, daß bei ihnen wie bei diesen durch den Eintritt eines gewissen Umstandes unmittelbar ein Rechtsverhältniß begründet wird. — — Auch in diesen Fällen ist also — sofern jener Umstand ein ungewisser ist — eine Ungewißheit vorhanden, welche durch ein späteres Ereigniß beseitigt wird. Allein diese Ungewißheit — und darin liegt der wesentliche Unterschied — bezieht sich hier nicht, wie bei der Rückziehung, auf die Vergangenheit, sondern nur auf die Zukunft. Der entscheidende Umstand entscheidet nicht, ob ein Rechtsverhältniß ist und war, sondern ob es wird. Es bleibt also in den Fällen dieser zweiten Art die Vergangenheit als abgeschlossene Thatsache beruhen, es ist nur die Zukunft, die je nach dem Ausfall eines Ereignisses eine verschiedene Gestaltung erhält."

Es sind das also Fälle der Möglichkeit eines künftigen Rechtsverhältnisses, das aber so weit schon begründet ist, daß es zu dessen wirklicher Entstehung nur noch des Eintritts eines vorausbestimmten Ereignisses bedarf, welches an und für sich nicht die Entstehung jenes Rechtsverhältnisses bewirken könnte, und doch Fälle der bloßen Möglichkeit dieses Rechtsverhältnisses als eines zukünftigen; während bei der Rückziehung die Möglichkeit des noch (objectiv) ungewissen Rechtsverhältnisses als eines gegenwärtigen besteht. Das erwartete Ereigniß wirkt also hier immer, wenn es eintritt, nicht rückwärts und vorwärts zugleich, sondern nur vorwärts. Deßwegen nennt der Vf. diese Fälle: Fälle der Vorwirkung.

Die sprachlich richtige Bildung dieses vorgeschlagenen neuen Kunstworts beanstande ich nicht. Aber ich kann es nicht deutlich und bezeichnend genug finden. Ich habe eben schon angedeutet, daß ja bei der Rückziehung der entscheidende Umstand stets auch

vorwärts wirkt, nur eben vorwärts und rückwärts zugleich. Die Rückkehr jure postliminii macht doch vor allem den Gefangenen für die Zukunft frei; der Wirklichkeit nach wird er jetzt aus einem Sklaven ein Freier; er war ja wirklich Sklave, er schien es nicht bloß zu seyn: homo noster ab hostibus captus servus fit eorum (L. 5. §. 2 de captivis); pristinum jus suum *recipit* (Gaj. I. §. 129); nur *creditur* retro in civitate fuisse (L. 16. D. de captivis), und vermöge dieser Fiction wird er gleichsam zugleich auch rückwärts wieder frei und römischer Bürger. Die Wirkung einer jeden juristischen Thatsache z. B. der Occupation einer res nullius ist eine Vorwirkung d. h. Bewirkung eines von jetzt an beginnenden Rechtsverhältnisses. Man müßte durch ganz willkürliche Uebereinkunft dem Wort Vorwirkung erst einen sehr bestimmten, weit engeren Sinn beilegen, als den es sprachlich an sich hat, um es als Kunstausdruck für den von dem Verfasser gemeinten Rechtsbegriff gebrauchen zu können. Nach meiner Meinung kann man diesen Begriff nur bezeichnen als: Bedingtheit ohne Rückwirkung; wie Ulpian in der von dem Verfasser sehr passend als Beleg für seine Unterscheidung dieses Verhältnisses von der Rückziehung angeführten L. 3. §. 5 de statul. (40, 7.) sagt: *pendebit* praecedentis summae alienatis, sic tamen *ut non retro nummi fiant accipientis.*

Die Bestimmung dieses bisher nicht gebührend beachteten Begriffs, in dessen Aufdeckung das Hauptverdienst der vorliegenden Schrift liegt, ist mit den oben mitgetheilten Worten des Verfassers vollkommen richtig gegeben. Doch hat er es mit einem wesentlichen Bestandtheil desselben in der Anwendung nicht genau genug genommen. Es ist dieses die Unmittelbarkeit der Begründung des Rechtsverhältnisses durch das entscheidende Ereigniß, ohne welche das, was der Verfasser Vorwirkung nennt, nicht unter eine Kategorie mit der Rückziehung fallen würde. S. 45 hebt er selbst dieses tertium comparationis der Rückziehung und „Vorwirkung" beim Eigenthumserwerb mit folgenden Worten scharf genug so hervor: „es erhält jemand aus einem vorhergegangenen Grunde durch den Eintritt eines späteren, an sich zur Eigenthumsübertragung nicht geeigneten Umstandes unmittelbar und ipso jure das Eigenthum einer Sache." Hiernach ist es aber offenbar unrichtig, wenn er wiederholt (Anm. 78 und S. 103) als einen

Fall der „Vorwirkung" den Eigenthumserwerb durch Ersitzung bezeichnet. Denn hier ist es nicht ein späterer, einzelner Umstand, durch welchen das Eigenthum aus einem vorhergegangenen Grunde dann unmittelbar erworben wird, sondern der von der Erwerbung ex justa causa und mit bona fides an bis zum Ablauf der Usucapionszeit ununterbrochen fortgesetzte Besitz bringt hier, so zu sagen, allmählich den durch die (mangelhafte) Erwerbung gelegten Eigenthumskeim zur Reife. In der That treten auch bei der Ersitzung keineswegs die Erscheinungen ein, welche der Verfasser richtig als charakteristisch für die wahren Fälle seiner sogenannten „Vorwirkung" nachgewiesen hat.

Unter diesen ist nun der Musterfall [1] der des bedingten Vermächtnisses, von welchem gewissermaßen nur eine Unterart die bedingte testamentarische Freilassung — der statuliber — ist. Der, wie ich glaube, als gelungen anzuerkennende Beweis, daß bei dem bedingten Vermächtniß keine Rückziehung eintritt, darf wohl als der Kern der vorliegenden Schrift betrachtet werden. Zunächst führt der Verfasser diesen Beweis für die statuliberi: 1) aus L. 1 C. an servus (4, 14), wornach aus dem mit einem statuliber abgeschlossenen Contract nach erfüllter Freiheitsbedingung „ex ante gesto" nicht geklagt werden kann; 2) aus L. 16 D. de statulib. (40, 7): Statulibera quidquid *peperit*, hoc servum heredis *est*, womit insbesondere zu vergleichen sind L. 15 und 16 D. de statu hom. (1, 5), indem diese ganz entschieden auch die Annahme bloßer Widerruflichkeit des Erwerbs der von der statulibera gebornen Kinder ausschließen. Daraus läßt sich allerdings schon schließen, daß wenigstens beim bedingten Vindicationslegat keine Rückziehung stattfindet. Aber es wären doch Einwendungen gegen diesen Schluß möglich. Daher mußte der Verfasser dafür besondere Beweise beibringen (S. 37 ff.): 1) L. 1 §. 4 ad SC. Silan. (29, 5) Servi sub conditione legati — medio tempore heredis sunt, nec quod conditio existens efficit, ut *desinant* esse heredis, facit, *ne videantur interim ejus esse*; 2) die nachher noch genauer zu besprechende L. 12 §. 5 de usufr. (7, 1). Hieran

---

[1]) Vgl. L. 12 §. 5 de usufr. (in unsrer Schrift S. 24) verbis: „*exemplo* rei sub conditione legatae."

reihen sich (S. 39 f.) Beweise für die Nichtrückziehung beim bedingten Damnationslegat, wovon ich aber die aus L. 41 und L. 81 §. 1 de condict. (35, 1) und L. 42 pr. de O. et A. (44, 7) entnommenen nicht als treffend anzuerkennen vermag, da bekanntlich auch von der bedingten Stipulation gesagt wird, daß sie einstweilen nur eine spes debitum iri erzeuge (§. 4 j. de V. O. 3, 15), und da von dem, welchem unter einer Bedingung vermacht ist, schon deßhalb sich sagen läßt, er sey nicht einmal in dem Sinn Gläubiger, wie der, welcher bedingt stipulirt hat, weil jener, bis durch Eintritt der Bedingung dies legati cedit, noch in keinerlei Verhältniß zum Onerirten steht, was nach meiner Ansicht Grund der Nichtrückziehung, aber eben doch von dieser zu unterscheiden ist. Dagegen halte ich für schlagend die L. 27 pr. qui et a quib. (40, 9), wornach von einer manumissio in fraudem creditorum nicht die Rede seyn kann in Beziehung auf diejenigen, welchen Summen bedingt vermacht sind, da es hierbei, wie der Verfasser richtig bemerkt, auf den Erfolg ankommt, und mithin, wenn auch immerhin ein solcher Legatar zur Zeit der Freilassung noch in keinem Sinn Gläubiger des Freilassers wäre, gleichwohl, wenn Rückziehung beim Damnationslegat stattfände, nachträglich auch er eine in fraudem creditorum erfolgte Freilassung müßte anfechten können. Möglich und wahrscheinlich ist es auch immerhin, daß L. 42 pr. de O. et A. gerade auf diesen Fall sich bezieht; nur an sich wäre diese Stelle meines Erachtens nicht beweisend.

Nun scheint aber allerdings L. 9 §. 2 D. qui pot. (20, 4) für die Rückziehung der erfüllten Vermächtnißbedingung zu sprechen, weil nach ihr das wegen eines bedingten Vermächtnisses vom Erben bestellte Pfandrecht dem von ihm nachher für ein Darlehen bestellten im Fall der Existenz der Vermächtnißbedingung vorgehen soll.

Der Verfasser sucht sich S. 42 f. dieser Stelle dadurch zu erwehren, daß er annimmt, bezüglich der Entstehung gehe nach der Anschauung des römischen Rechts ein accessorisches Recht, wie das Pfandrecht seinen selbständigen Weg, und die Entstehung des Hauptanspruchs sey für dasselbe keine conditio juris d. h. kein objectives Erforderniß, vor dem es nicht gedacht werden könne, sondern eine gewöhnliche Bedingung, wobei Rückziehung stattfinde.

Dieß scheint mir nicht haltbar. Ein accessorisches Recht kann nicht als vor dem Hauptrecht daseyend gedacht werden; ein Pfandrecht ohne Forderung ist ohne Sinn und Zweck. Aber das Vorzugsrecht eines Pfandrechts vor einem andern ist nicht nothwendig bedingt durch sein früheres Daseyn vor diesem. Es kann der Billigkeit entsprechen, daß die Priorität der Verpfändung ein Vorzugsrecht bewirkt, obwohl das früher gegebene Pfandrecht erst nach dem später gegebenen zur wirklichen Entstehung kommt. Und nur dieses sagt die fragliche Stelle: tuendum eum, cui prius pignus *datum esset*, nicht: cui pignus prius datum etiam prius teneri coepisset. Die wirkliche Entstehung der Forderung ist eine stillschweigende Bedingung der Verpfändung, für welche Rückziehung nicht in Beziehung auf Entstehung des Pfandrechts, aber in Beziehung auf Wirksamkeit der Verpfändung einer späteren gegenüber hinsichtlich Gewährung der Prioritätsrechte stattfindet.

Zunächst stellt der Verfasser dem bedingten Vermächtniß S. 24 ff. den Fall der von dem Usufructuar erst nach der Separation in Besitz genommenen Früchte gleich, welche durch die Separation in das Eigenthum des Proprietars kommen, das dann aber durch die nachherige Perception des Usufructuars auf diesen übergeht. Hier ist nun aber des Verfassers eigene richtige Begriffsbestimmung der „Vorwirkung" keineswegs anwendbar. Das Eigenthum geht ja hier nicht ipso jure von dem Proprietar auf den Usufructuar über, sondern durch die Besitzergreifung des letztern, zu welcher er durch sein jus utendi fruendi berechtigt ist. Im wesentlichen ist der Vorgang genau derselbe, wie wenn über eine Sache ein Kaufvertrag abgeschlossen ist, der durch Tradition derselben nach einem Jahre vollzogen werden soll. Es haben diese beiden Fälle mit dem bedingten Vermächtniß nur das gemein, daß das Eigenthum durch ein späteres, vorherbestimmtes Ereigniß auf einen andern übergehen soll; aber dort durch eine Besitzergreifung, welcher zum voraus der rechtliche Charakter einer Eigenthumserwerbsart gegeben ist; hier dagegen durch ein äußeres Ereigniß, welches nur den Aufschub der Wirksamkeit einer früheren Eigenthum gebenden rechtlichen Thatsache beseitigen soll.

Wenn in L. 12 §. 5 de usufr. (7, 1) der Erwerb der von der Separation an im Eigenthum des Proprietars gewesenen Früchte durch den nachher apprehendirenden Usufructuar mit dem

Erwerb der vermachten Sache beim Eintritt der Bedingung des Vermächtnisses zusammengestellt wird, so geschieht dieses eben bloß im Hinblick auf jene ersterwähnte Aehnlichkeit beider Fälle.

Meine Auffassung dieser ganzen Stelle ist folgende: Ulpian erzählt, Julian habe die Frage erörtert, wem die condictio furtiva zustehe, falls ein Dieb die reifen Früchte abgeschnitten habe, dem Eigenthümer des Grundstücks oder dem Usufructuar? Er meine, dem Proprietar, weil der Usufructuar nur durch die Perception ihr Eigenthümer werde. Marcellus habe die unbedingte Richtigkeit dieser Antwort bezweifelt, weil ja doch der Usufructuar noch Eigenthümer dieser Früchte werde, wenn er ihrer habhaft werden könne. Aber, will Ulpian sagen, damit gibt ja Marcellus nur selbst zu, daß sie inzwischen Eigenthum des Proprietars sind. Dieß drückt er aber nicht aus, sondern gibt gleich den Grund dieser verschwiegenen Einwendung gegen Marcellus an: denn, fährt er fort, auf welche Weise erwirbt sie der Usufructuar, wenn er ihrer habhaft wird, als auf die, daß sie inzwischen Eigenthum des Proprietars sind? (Er hat ja nur das Recht, das Eigenthum des Proprietars an sich zu bringen; sein Recht ist nur ein vom Recht des Proprietars abgeleitetes.) Wenn der Usufructuar die Früchte nachher apprehendirt, und dadurch Eigenthümer derselben wird, so geht dadurch ebensowohl nur ein Eigenthum, das der Proprietar inzwischen gehabt hat, auf ihn über, als das Eigenthum einer bedingt vermachten Sache von dem Erben, welcher es inzwischen gehabt hat, mit Eintritt der Bedingung auf den Vermächtnißnehmer übergeht. Julian hat also ganz recht, wenn er sagt, die condictio stehe dem Proprietar, und nicht dem Usufructuar zu. (Ich glaube, daß verum est ergo statt verum est enim zu lesen ist.) Und zwar steht die condictio furtiva jedenfalls dem Eigenthümer zu, nicht dem Usufructuar, auch wenn dieser wirklich nachher Eigenthümer wird. Nur wo beim Ususfructus das Eigenthum in der Schwebe ist, so daß es je nach einer künftigen Entscheidung als jetzt dem einen oder dem andern gehörig erscheinen kann, wie bei den zur Ergänzung zu verwendenden Thierjungen oder der vom servus usufructuarius durch Tradition ohne sofortige Zahlung, unter bloßer Sicherstellung des Verkäufers erworbenen Waare, muß man sagen, die condictio sey in der Schwebe, wie man eben in diesen Fällen

auch nicht sagen kann, das Eigenthum gehöre jetzt dem einen und könne dann an einen andern kommen, sondern vielmehr, es sey wirklich in der Schwebe, es sey ungewiß, ob es dem einen oder dem andern gehöre.

Hier kann ich also dem Verfasser das Vorhandenseyn eines Vorwirkungsfalls nicht zugeben; wohl aber erkenne ich mit ihm (S. 31) einen solchen in dem Fall der L. 11 de don. i. V. et U., auf den wir später zurückkommen.

Im zweiten Abschnitt (S. 48 ff.) beleuchtet der Verfasser die Wirkungen der Rückziehung und der „Vorwirkung" im Einzelnen.

Gleich auf den zwei ersten Seiten offenbart es sich hier recht deutlich, daß er mit sich nicht im reinen darüber ist, ob bei der Rückziehung eine objective oder bloß subjective Ungewißheit während des Zwischenzustands stattfinde. S. 48 bestimmt er das Wesen der Rückziehung so, daß dabei „ein späterer Umstand die wahre Natur eines vorhergegangenen ungewissen Zustands offenbare." Hier nimmt er also eine bloß subjective Ungewißheit dieses Zustandes an. Gleich auf der folgenden Seite aber in der Anm. 82 sagt er ganz richtig, wenn es in L. 12 §. 1 de captiv. (49, 15) heiße, daß das Kind während der Gefangenschaft seines Vaters nicht durch Erbschaft erwerben könne, so erkläre sich dieß namentlich daraus, daß zum Antritt einer Erbschaft immer vollkommene objective Gewißheit über die Fähigkeit des eingesetzten Erben erforderlich sey, während subjective Ungewißheit des Delaten über seine Fähigkeit die Erbschaftsantretung nicht hindere. Die Ausdrucksweise dieser Stelle ist auch besonders geeignet zu zeigen, daß bei der Rückziehung eine späterer Umstand nicht lediglich die wahre Natur des vorhergegangenen Zustandes offenbare. Zweideutig ist nur der Ausdruck: in incerto sunt, an und für sich. Daß er aber objective Ungewißheit bedeuten soll („es ist von ihnen ungewiß"), ergibt sich aus dem folgenden: utrum sui juris facti, an adhuc pro filiis — familiarum — nicht *sint*, sondern — *computentur*. Ferner heißt es dann: defuncto illo apud hostes, ex quo captus est, patres familiarum, reverso, nunquam non in ejus familia fuisse *credentur*. Es wird hiedurch klar: das Wesen der Rückziehung besteht darin, daß wenn der Umstand eintritt, auf dessen Möglichkeit die Schwebe des vorhergegangenen Zustandes beruht, diejenige Natur des letz-

teren angenommen wird, welche der durch den eingetretenen Umstand erfolgten Entscheidung entspricht.

Der Wirklichkeit nach sind die Kinder eines Gefangenen sui juris; nur insofern ist ihr Zustand in suspenso, ein schwebender, als die Möglichkeit besteht, daß es sich vermöge der Fiction, welche das Recht zu Gunsten des postliminio reversus aufstellt, entscheiden kann, sie seyen als nie aus seiner Gewalt gekommen zu betrachten. Ganz ebenso wird von der bedingten Stipulation gesagt, daß aus ihr tantum spes, debitum iri sich ergebe, in Wirklichkeit also einstweilen der Schuldner noch nicht Schuldner sey (§. 4 J. de V. O.), und daß es nur quum semel conditio exstitit *perinde habeatur*, ac si illo tempore, quo stipulatio interposita est, sine conditione facta esset (L. 11 §. 1 qui potiores). Daß sich die römischen Juristen manchmal bei Rückziehungen so ausdrücken, wie der Verfasser es für das richtige hält, ist leicht erklärlich, kann aber eben solchen bestimmten Aeußerungen gegenüber, wie wir sie eben hervorgehoben haben, nicht beweisen, daß sie durch jene Ausdrucksweise ihre eigentliche Anschauung der Sache darlegen wollten. Es sind das bloß Ungenauigkeiten, welche ihnen entschlüpft sind.

Von diesem Punkt abgesehen, finde ich nun in diesem Abschnitt besonders bemerkenswerth die ins einzelne gehende Nachweisung der Eigenthümlichkeiten der „Vorwirkung," oder, wie ich sagen würde, der Entscheidung über einen schwebenden Zustand ohne Rückziehung.

1) Wenn dadurch eine Forderung erworben wird, so wird sie dem selbst erworben, für welchen sie begründet wurde, als er in fremder Gewalt sich befand, sofern er nur jetzt sui juris ist. So beim bedingten Vermächtniß L. 14 §. 3 quando dies leg. (36, 2), während bei der bedingten Stipulation, wo Rückziehung eintritt, das Gegentheil stattfindet. L. 18 de R. J.

2) Wird eine Forderung durch Eintritt einer Bedingung ohne Rückziehung erworben, so befreit die mit dem dafür zum voraus gegebenen Bürgen geschlossene Acceptilation nur diesen, nicht den Hauptschuldner L. 13 §. 8 de acceptil. (46, 4). Ganz ebenso verhält es sich, wenn mit dem für eine künftige Darlehensschuld sich verbürgenden Fidejussor vor gegebenem Darlehen eine Acceptilation abgeschlossen wird. L. 13 §. 9 eod. Der Erklä-

rung, welche der Verfasser von diesen Stellen (S. 57 ff.) gibt, kann ich nicht beistimmen. Ich fasse sie so auf: Die Stipulation: quod Titio credidero, fide tua esse jubes? ist eine bedingte Stipulation; quod credidero ist so viel, als si credidero, id etc. S. L. 1 §. 3 de condit. (35, 1). Es kann aber bei dieser Bedingung keine Rückziehung stattfinden; denn die accessorische Obligation des Bürgen kann nicht als vor der Hauptobligation dagewesen betrachtet werden. Wenn das Darlehen gegeben wird, beginnt gleichzeitig die Obligation des Darlehensempfängers und des Bürgen. Wird nun doch dem Bürgen acceptoferirt, ehe das Darlehen gegeben wird, so bleibt vorderhand beides unentschieden, die Wirksamkeit der fidejussio und der acceptilatio. Aber sobald das Darlehen gegeben ist, werden beide gleichzeitig wirksam; d. h. der Inhalt der durch wirkliches Zustandekommen des Darlehens eintretenden Entscheidung des bisherigen schwebenden Zustandes ist der, daß der Bürge in demselben Augenblick haftbar und von der Haftung befreit wird. Alles das ist ganz ebenso, wenn der Fidejussor sich für die möglicherweise aus dem bedingten Damnationslegat entstehende Schuld zum voraus verbürgt hat, und die Bedingung dann eintritt. Der Hauptschuldner wird aber durch diese mit dem Bürgen eingegangene acceptilatio nicht befreit, weil in beiden Fällen die acceptilatio abgeschlossen worden ist, ehe für ihn in irgendeinem Sinn eine obligatio bestund. Beim Darlehensempfänger ist dieß von selbst klar. Aber auch bei dem mit einem bedingten Vermächtniß Onerirten wird es einleuchtend, wenn wir nur an L. 42 pr. de O. et A. uns erinnern.

Ganz anders wäre es, wenn sich jemand für einen sub conditione Versprechenden verbürgte, und ihm pendente conditione acceptoferirt würde. Der promissor sub conditione hat bereits eine obligatio contrahirt. Bei ihm kann man also nicht sagen, daß die acceptilatio mit dem Bürgen (pendente conditione) antiquior sey, quam obligatio rei. Tritt die Bedingung des Versprechens ein, so entscheidet sie, daß der Versprechende vom Augenblick seines Versprechens an als Hauptschuldner, der Bürge vom Augenblick der fidejussio an als Nebenschuldner zu betrachten war, daß aber beide als durch die acceptilatio im Augenblick ihrer Eingehung mit dem Bürgen befreit anzusehen sind.

S. 59 ff. bespricht der Verfasser die L. 41 de condit. (35, 1):

Legata sub conditione relicta non statim, sed quum conditio exstiterit, deberi incipiunt; ideoque interim delegari non potuerunt, und erklärt sich schließlich zu der Annahme geneigt, Ulpian habe ursprünglich geschrieben: DLLEGARI (do lego legari), was dann die Compilatoren in delegari verwandelt hätten. Ich bin überzeugt, daß delegari echt ist, aber nicht die gewöhnliche Bedeutung hat, sondern die sprachlich unzweifelhaft ebenso mögliche: „wegvermacht werden." Vorsichtigerweise trägt der Verfasser S. 61 Bedenken, den Umstand, daß das bedingte Vermächtniß auf die Erben des vor Erfüllung der Bedingung sterbenden Legatars nicht transmittirt wird, unter die Kennzeichen der „Verwirkung" zu setzen. Den Einwand, welchen er scheut, man könnte als zweite, stillschweigende, aus der Absicht des Testators abzuleitende Bedingung hinzudenken: „wenn der Legatar die Erfüllung der Bedingung erleben wird," würde ich für einen ganz grundlosen erklären. Gewiß denkt sich im Gegentheil ein des römischen Rechts unkundiger Testator oft, es sey ganz gleich, ob die Bedingung bei Lebzeiten oder nach dem Tod des Honorirten eintrete, und gönnt im letztern Fall das Vermächtniß auch den Erben des Honorirten. Aber gewichtiger wäre der andere Einwand, daß eben nach R. R. die allgemeine Regel feststeht: Vermächtnisse sollen erst transmittirt werden, wenn dies legati cessit, und daß auch bei der Stipulation neque cessit, neque venit dies pendente conditione (L. 213 de V. S.), folglich auch wenn Rückziehung bei der Vermächtnißbedingung stattfände, Transmission doch nicht erfolgen könnte. Die Nichttransmission ist beim bedingten Vermächtniß nicht Folge der Nichtrückziehung der Bedingung, sondern umgekehrt, glaube ich, ist die Nichtrückziehung der Vermächtnißbedingung in der schon eben angedeuteten Weise Folge davon, daß das bedingte Vermächtniß nicht transmittirt wird. Ich will das aber schon deßhalb hier nicht weiter ausführen, weil ich sonst vielleicht dem Verfasser vorgreifen könnte, der ja über die Rückziehung der Bedingung überhaupt sich weitere Erörterungen vorbehalten hat.

Ich folge jetzt seiner Darstellung der Wirkungen der Rückziehung und der Entscheidung ohne Rückziehung beim Eigenthum (S. 62 ff.), wo der Unterschied beider, wie er einleitend ganz richtig bemerkt, vorzüglich wichtig ist, und zwar zunächst hinsicht-

lich der Verfügungen über die Sache in der Zwischenzeit. Bei der Rückziehung erscheinen sie, sagt der Verfasser, als von Anfang an vollkommen ungültig und wirkungslos, als rechtlich gar nicht vorhanden; bei der „Vorwirkung" fallen sie beim Eintritt der Entscheidung zusammen, obwohl sie an sich vollkommen gültig und wirksam waren; — „als so gewesen betrachtet werden," würde ich sagen. Das erklärt er nun aber so. In allen Fällen des „vorauflöslichen" Eigenthums trägt die Sache selbst den Keim in sich, beim Eintritt eines spätern Umstandes in das Eigenthum eines andern überzugehen. Es wird also durch die ursprünglich den spätern Eigenthumsübergang begründende rechtliche Thatsache die Sache, das Eigenthum selbst ergriffen, und zwar ergriffen in dem Umfang, in dem es beim Eintritt jener Thatsache dem Verfügenden zustand. Damit ist von selbst gegeben, daß das Eigenthum dessen, der die Sache durch das zu erwartende Ereigniß verlieren wird, ein objectiv in sich selbst beschränktes ist. Nimmt man noch den Satz zu Hülfe, daß niemand mehr Recht geben kann, als er selber hat, so ergibt sich: wenn der Zwischeneigenthümer veräußert, so ist zwar die Veräußerung vollkommen gültig; er überträgt dadurch aber das Eigenthum nur mit derselben Schranke, in derselben Gebundenheit, die es auch bei ihm hatte. Tritt demnach später der auflösende Umstand ein, so muß bei dem, der das Eigenthum vom Zwischeneigenthümer überkommen hat, dasselbe ebenso unmittelbar und ohne weiters erlöschen, als es bei dem Veräußerer selbst erloschen seyn würde. Das Gleiche muß aber von der Bestellung anderer dinglicher Rechte gelten. Denn diese sind nichts weiter, als Ausflüsse und Abzweigungen (?) des Eigenthums.

Dieser Ausführung stimme ich vollkommen bei, und bin dadurch überzeugt worden, daß der Satz: Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet der Natur der Sache nach nicht bloß auf ein dem Umfang, sondern auch auf ein in der Zeitdauer durch Privatwillkür gegen seine Natur beschränktes Recht zu beziehen ist.

Daß in den Fällen, auf die es hier ankommt, wirklich die Sache selbst ergriffen, rechtlich gebunden sey, sucht der Verfasser zunächst am statuliber nachzuweisen, von welchem öfter so, wie in L. 2 pr. de statu lib. (40, 7) gesagt wird: cum sua causa usucapitur etc., oder gar, wie in L. 6 D. si ex nox. causa

(2, 9): implicitus ei casus libertatis fuit. Dann aber auch an der bedingt vermachten Sache, von der L. 12 §. 2 fam. erc. (10, 2) sagt: adjudicari potest cum sua scilicet causa, ut existente conditione eximatur ab eo, cui adjudicata est. Vgl. L. 82 pr. de leg. I (30).

In der Anm. 110 S. 73 f. stellt dann der Verfasser diese Gebundenheit des Objects bei der bedingten Freilassung und dem bedingten Vermächtniß mit der Verpfändung zusammen, wobei in der That auch ein „Fall der Vorwirkung" begründet sey, wofür er sich auf L. 205 de R. J. beruft, die aber vielmehr gegen ihn zeugt. Denn wenn es hier heißt: plerumque fit, ut etiam ea quae nobis abire possunt, proinde in eo statu sint, atque si non essent ejus conditionis, ut abire possent; et ideo quae fisco obligamus, et vindicare interdum et alienare et servitutem in praedio imponere possumus, so soll damit gerade das gesagt werden, daß nicht immer der bereits unter einer bestimmten Voraussetzung in Aussicht stehende Verlust unseres Eigenthums unsere Macht über die Sache beschränke, und daß dieß namentlich beim Pfandrecht nicht der Fall sey, wovon der Grund eben der ist daß wenn der Verpfänder in Folge der Verpfändung sein Eigenthum verliert, dieses nicht unmittelbar, sondern nur mittelst der Eigenthumsübertragung von Seiten des Gläubigers geschieht. Der Verfasser wird hier wieder seinem eigenen Begriff der „Vorwirkung" untreu. Allerdings kann der Verpfänder die Sache nur noch veräußern cum sua causa, d. h. so, daß sie beim neuen Eigenthümer ebenso dem Pfandrecht unterworfen bleibt. Aber worauf der Verfasser seine Behauptung stützen will, daß eine nach der Verpfändung der Sache auferlegte Servitut bei der Veräußerung durch den Gläubiger erlösche, begreife ich nicht. Er hat recht, daß die Befähigung des Gläubigers, das Eigenthum des Pfands auf den Käufer zu übertragen, nicht darauf beruht, daß er procurator des Verpfänders sey. Ebensowenig aber beruht sie auf „Vorwirkung," sondern darauf daß, kraft des dem Gläubiger von der Sache gegebenen dinglichen Rechts und der darin liegenden Herrschaft desselben über die Sache, er die rechtliche Macht hat, wie ein Eigenthümer über das Eigenthum zu verfügen, zu dem Zwecke nämlich, zu welchem ihm das Pfandrecht gegeben ist.

Ebenso unhaltbar scheint mir, was der Verfasser im Text

S. 74—77 über den Fall ausführt, daß der Eigenthümer eines fundus usufructuarius sein ganzes gegenwärtiges und zukünftiges Vermögen verpfänden, und dann durch eine zufällig bewirkte Separation von Früchten jenes Guts auf einige Zeit Eigenthümer derselben werden würde. Er meint, daß hier, vermöge der rechtlichen Gebundenheit der dem Usufructuar bestimmten Früchte durch den Nießbrauch, mit der Besitzergreifung der Früchte durch den Usufructuar das inzwischen an den Früchten entstandene Pfandrecht sich ohne weiteres auflöse, wovon er durch seine Berufung auf L. 13 §. 1 de pign. (20, 1) Statuliber quoque dari hypothecae poterit, licet conditione existente evanescat pignus, schwerlich jemanden überzeugen wird. Durch eine solche Verpfändung würden nicht nur die Früchte des Grundstücks, welche der Usufructuar erst einige Zeit nach der Separation percipirt, sondern auch die durch Perception des Usufructuars separirten Früchte dem Pfandrecht des Gläubigers unterworfen werden; denn auch diese kommen erst aus dem Eigenthum des Proprietars in das des Usufructuars; und in beiden Fällen bleibt das Pfandrecht durch die Perception des Usufructuars unberührt. Aber der hypothecaria actio auf Restitution dieser Früchte kann der Usufructuar dieselbe exceptio entgegensetzen, mit welcher er die Vindication des Proprietars zurückweisen könnte, weil sein Eigenthumsrecht an den Früchten sich nicht auf eine Veräußerung des Proprietars nach der Verpfändung stützt, sondern auf seine aus dem vor der Verpfändung erworbenen Nießbrauchsrecht fließende Perceptionsberechtigung, kraft welcher er durch seine einseitige Besitzergreifung der Früchte, womit er nur diese Berechtigung ausübte, das ursprüngliche Eigenthumsrecht des Proprietars an denselben als ein abgeleitetes an sich brachte. Es gibt Verfügungen, die, wenn sie einmal Wirksamkeit haben, diese nicht wieder verlieren können: dahin gehört namentlich die Freilassung und die Weihung eines Grundstücks durch Leichenbestattung (locum religiosum facere). Wenn ein widerruflicher Eigenthümer nur Verfügungen von zeitlich beschränkter Wirksamkeit treffen kann, so versteht es sich von selbst, daß er solche Verfügungen nicht treffen kann; d. h. sie können, wenn er sie trifft, nicht zu Wirksamkeit gelangen, bis es sich entschieden hat, daß ihm das Eigenthum bleibt; damit entscheidet sich dann aber, daß sein Eigenthumsrecht überhaupt und

auch damals in Beziehung auf Dauer unbeschränkt war; der Sklave wird also nun rückwärts frei, der locus rückwärts religiosus. War es bei der Freilassung 2c. gewiß, daß sein Eigenthum zu einer bestimmten Zeit auf einen andern übergehen werde, so ist sie schlechthin nichtig. Etwas anderes ist es, daß die Wirksamkeit der Freilassung durch das gegenwärtige Bestehen eines seiner Natur nach vorübergehenden dinglichen Rechts eines Dritten am Sklaven aufgehalten wird. Hier ist es jedenfalls gewiß, daß der Herr des Sklaven gegenwärtig unfähig ist ihm die Freiheit zu geben; daß er die Fähigkeit hat ihn für die Zukunft frei zu machen, ist ebenfalls gewiß beim Ususfructus oder Usus, ungewiß beim Pfandrecht, insofern durch dessen volle Ausübung, wenn deren Voraussetzungen eintreten, dasselbe gewissermaßen perpetuirt, nämlich in der Hand des Käufers zu einem dauernden Recht (aus Pfandrecht zu Eigenthum) wird.

Auf solche Art möchte einigermaßen zu berichtigen seyn, was der Verfasser S. 82—85 über diese Fälle sagt. Uebrigens erhellt nun gerade aus dieser der Widerruflichkeit ohne Rückziehung (der „Vorwirkung") eigenthümlichen und für sie wesentlichen objectiven Gebundenheit der Sache oder Beschränktheit des Eigenthums, daß es irrig ist, wenn der Verfasser die Usucapion als einen „Vorwirkungs"-Fall ansieht. Alle Verfügungen, die der Eigenthümer während der Usucapion eines andern bis zu deren Vollendung trifft, bleiben vollkommen in Kraft (L. 17 §. 2 de usufr. 7, 1. L. 44 §. 5 de usurp. 41, 3). Die beginnende und fortschreitende Usucapion übt keinerlei Einwirkung auf das Eigenthum, das durch ihre Vollendung vernichtet werden kann. Die Möglichkeit der Vernichtung des letztern durch Usucapion ist eine rein äußere, in einer Thatsache begründete, welche außer allem juristischen Zusammenhang mit dem bestehenden Eigenthum ist: wenigstens bei der Usucapion des bloßen bonae fidei possessor. Bei der Usucapion des bonitarischen Eigenthümers steht die Sache allerdings anders, und da treten denn auch ähnliche Wirkungen ein, wie bei der bedingt vermachten Sache; das nudum jus Quiritium macht z. B. unfähig zur Freilassung.

Das Eigenthum kann auch Voraussetzung der Wirksamkeit von Erwerbshandlungen seyn. Hieran, meint der Verfasser S. 86 f., zeige sich ebenfalls der Unterschied zwischen Rückziehung

und „Vorwirkung;" während bei letzterer z. B. vom Zwischeneigenthümer der Sache erworbene Servituten bleiben (L. 11 §. 1 quemadm. serv. 8, 6), müßten sie bei ersterer erlöschen, weil sich da durch den entscheidenden Umstand „zeige," daß der Servituterwerber „gar kein Eigenthum hatte." Belegt hat dieses der Verfasser aus den Quellen nicht. Es wird sich auch nicht belegen lassen. Ich wiederhole: es zeigt sich bei der Rückziehung nicht, daß der bisherige Eigenthümer es nur vermeintlich war, sondern es wird nur fingirt, daß er es nicht gewesen sey. Diese Fiction erstreckt sich aber natürlich nicht weiter, als es ihr Zweck erfordert. Wenn der filiusfamilias während der Gefangenschaft des Vaters Grundstücken Servituten erworben hatte, so wurde gewiß nach der Rückkehr des Vaters nicht auch in Beziehung auf diese Servituten fingirt, er habe sie als Nichteigenthümer erworben.

S. 87 f. werden die Verfügungen des Erwerbers (oder künftigen Eigenthümers) bei der Rückziehung und „Vorwirkung" besprochen. Dort werden sie nachträglich gültig; hier sind und bleiben sie wirkungslos (nihil agitur L. 11 §. 9 de don. i. V. et U. (24, 1). Auf eine Einschränkung dieses Satzes, die der Verfasser annimmt, kommen wir gleich nachher zu sprechen.

S. 88 geht der Verfasser auf die sonstigen Wirkungen der Rückziehung und „Vorwirkung" beim Eigenthum über:

1) Wenn jemand eine ihm unbedingt per vindicationem vermachte Sache, ohne zu wissen daß sie ihm vermacht ist, seinerseits per vindicationem einem andern vermacht, so ist dieses Vermächtniß gültig oder ungültig, je nachdem er nachher sich für Annahme oder Ausschlagung des ihm zugedachten Vermächtnisses entscheidet (L. 44 §. 1 de leg. I), weil hier Rückwirkung der Entscheidung eintritt; wenn aber der Erbe über das bedingt vermachte Recht, während die Bedingung schwebt, durch ein Vindicationslegat verfügt, so e r l i s c h t das Recht, welches er seinem Legatar gegeben hat, sobald die von seinem Erblasser gesetzte Bedingung eintritt, L. 16 quib. mod. ususfr. (7, 4); es bleibt also jedenfalls das zweite Vermächtniß ein gültig errichtetes.

2) Wenn die Sache in der Zwischenzeit gestohlen oder rechtswidrig beschädigt wird, so hat die condictio furtiva oder actio legis Aquiliae bei der Rückziehung, wer nach der Entscheidung

damals als Eigenthümer zu gelten hat, wo keine Rückziehung stattfindet, durchaus der damalige Eigenthümer.

3) Wenn der Inhaber eines ius in re aliena das Eigenthum dieser Sache erwirbt und durch einen rückwirkenden Umstand wieder verliert, so muß die Confusion als nicht eingetreten betrachtet werden: L. 57 pr. de usufr. Bei Bedingtheit ohne Rückziehung dagegen bleibt das jus in re aliena erloschen, wenn die Bedingung eintritt, welche dessen vormaligen Inhaber des Eigenthums wieder beraubt. So entscheidet L. 17 quib. mod. ususfr. am. (7, 4), die eben deßhalb eine Hauptbeweisstelle dafür ist, daß bei der Vermächtnißbedingung hinsichtlich des Erwerbs keine Rückziehung eintritt. Ebenso L. 6 de monum. test. (40, 4). Von den scheinbar entgegenstehenden LL. 26 und 76 §. 2 de leg. II. gibt der Verfasser S. 92—94 eine sehr befriedigende Erklärung. Indem ich ebenso hinsichtlich der übrigen hierher gehörigen Punkte nur zustimmend auf die Ausführungen des Verfassers S. 95—99 verweise, gehe ich mit ihm zu der Frage über, in welchem Zeitpunkt jemand bei der Vorwirkung und bei der Rückziehung die Gewalt über den Erwerber haben müsse, um durch diesen das Eigenthum zu erhalten? Man muß, wie der Verfasser richtig bemerkt, erwarten, daß wie hier die Zeit der Begründung des Erwerbs, so dort überall die Zeit des den Erwerb entscheidenden Umstands maßgebend seyn werde, zumal da wir schon wissen, daß es bei dem Erwerb von Forderungsrechten in den Quellen wirklich so behandelt werde. Aber ebenso richtig wirft sich der Verfasser selbst ein, daß zwischen Forderungsrechten und dinglichen Rechten hier ein wesentlicher Unterschied stattfinde; sey die Entstehung einer Forderung von einer nicht rückwirkenden Bedingung abhängig, so bestehe einstweilen noch in keinem Sinn eine obligatio, insbesondere könne man beim bedingten Damnationslegat durchaus nicht sagen, der Onerirte sey vor der Existenz der Bedingung irgendwie dem Legatar gegenüber gebunden; dagegen bestehe bei dinglichen Rechten in analogen Fällen immer jetzt schon eine rechtliche Gebundenheit der Sache. Dieß führt den Verfasser aber weiter zu folgender wichtigen Unterscheidung: jene rechtliche Gebundenheit der Sache kann bloß als objective Eigenschaft der Sache, oder als ein Recht an der Sache selbst vorkommen. Dort ist dann wirklich der Zeitpunkt der Entscheidung des Rechtserwerbs

für unsere Frage maßgebend, hier aber der Zeitpunkt der Begründung desselben.

Diese Unterscheidung ist an sich ganz richtig und ebenso sind es die daraus gezogenen Folgerungen. Aber ich muß bestreiten, daß bei dem, was der Verfasser „Vorwirkung" nennt, wenn seine Begriffsbestimmung festgehalten wird, wie sie festgehalten werden muß, die Gebundenheit der Sache jemals als Recht einer Person an der Sache vorkommen könne.

Die Fälle, auf die er sich beruft, sind 1) die Ersitzung, und 2) das Pfandrecht, von welchen beiden ich schon dargethan habe, daß sie nicht „Vorwirkungs"-Fälle sind, und 3) das Vindicationslegat ex die certo. Das Daseyn eines solchen Legats hat der Verfasser, wie ich glaube, durch L. 1 §. 2 quib. mod. ususfr. (7, 4), L. 9 §. 2 usufr. quemadm. cav. (7, 9) und L. 72 §. 5 de condit. (35, 1) bewiesen. Aber wie will er es unter seine Definition der „Vorwirkung" S. 21, wornach dazu ebensogut eine Ungewißheit, ein Schweben gehört, wie zu der Rückziehung, bringen? Freilich sagt er dort: „Auch in diesen Fällen ist — sofern der entscheidende Umstand ein ungewisser ist — eine Ungewißheit vorhanden." Und damit kann dann allerdings geholfen werden. Allein wenn diese Ungewißheit oder Schwebe kein wesentliches Merkmal der „Vorwirkung" seyn soll, so erhalten wir eben in dieser einen Rechtsbegriff, dem es zu sehr an einem positiven Kern fehlt. Ich gebe zu, daß die vorausbestimmte zeitliche Begränzung viele Aehnlichkeit mit der Bedingtheit ohne Rückziehung hat, und daher auch die Folgen dieser beiden Arten von Fällen nicht gleich sind. Aber ganz zusammenwerfen wird man sie nicht dürfen.

Freilich macht der Verfasser noch auf einen Fall aufmerksam, in welchem er eine „Vorwirkung" mit rechtlicher Gebundenheit der Sache als Recht einer bestimmten Person findet, wo aber das römische Recht gerade den Zeitpunkt der Entscheidung als den für unsere Frage — ob der Erwerber selbst oder sein Gewalthaber durch ihn Eigenthümer wird — maßgebenden gelten läßt. Es handelt sich hier um die schon oben angeführte L. 11 de don. i. V. et U. (24, 1).

Diese sehr interessante Stelle bespricht mortis causa donationes zwischen Ehegatten, und bemerkt, daß sie in doppelter

Weise vorkommen können: so, daß nach der Absicht der Gatten die Bereicherung widerruflich, aber sogleich, oder so, daß sie erst beim Tod des den beschenkten Theil überlebenden Schenkers eintreten soll. Im erstern Fall ist die Schenkung von vornherein nichtig, wird aber, wenn der Schenker vor dem Beschenkten ohne Widerruf stirbt, rückwärts gültig. Im zweiten Fall wird die Schenkung, weil sie nach der Absicht der Gatten erst bei Auflösung der Ehe in Kraft treten soll, auch ganz nach ihrer Absicht wirksam, also in dem Augenblick des Todes des Schenkers, ohne Rückwirkung. Einen Fall der „Vorwirkung" haben wir also hier gewiß vor uns. Aber auch einen solchen, wobei die rechtliche Gebundenheit der Sache als Recht einer bestimmten Person erscheint? Das ist die Frage. Der Verfasser meint S. 112, eigentlich müßte sie bejaht werden, weil ja die Schenkung ein zweiseitiges Rechtsgeschäft sey. Mit Recht verwirft er dann die Annahme, daß es sich in L. 11 cit. hierbei um eine Eigenthümlichkeit der Schenkungen zwischen Ehegatten handle; und entscheidet sich S. 115 dafür, daß wegen der Möglichkeit willkürlicher Zurücknahme einer mortis causa donatio bei ihr von einem Rechte des Beschenkten vor dem ohne Willensänderung erfolgten Tode des Schenkers sich nicht sprechen lasse. Meines Bedünkens ist nicht einmal die willkürliche Widerruflichkeit einer mortis causa donationis mit aufschiebender Bedingung erforderlich, um ein Recht des Beschenkten bis zum Eintritt dieser Bedingung auszuschließen. Es ist eben dadurch ausgeschlossen, daß die Parteien übereingekommen sind, es soll erst dann geschenkt seyn, quum mors insequetur. Dadurch wird ganz einfach die ausschließliche Möglichkeit der Entstehung eines Rechts des Beschenkten im Todesaugenblick des Schenkers gesetzt, also jegliches Daseyn desselben vor diesem Augenblick schlechthin verneint. Die sofortige Tradition hat nicht, wie der Verfasser in der Anm. 164 anzunehmen geneigt ist, die Natur eines precarium; gewiß soll dadurch die Usucapion des Schenkers nicht unterbrochen werden, wenn die Sache eine fremde ist, sondern die Natur einer Eigenthumsübertragung mit aufgeschobener Wirkung des Eigenthumsübergangs und entschiedener Ausschließung der Rückziehung; der Beschenkte, oder die von ihm interponirte Person erlangt einstweilen Besitz im Namen des Schenkers, der sich aber in Besitz, in eigenem Namen, und wenn

der Schenker Eigenthümer war, Eigenthum unmittelbar verwandelt, sobald der Schenker bei Lebzeiten des Beschenkten gestorben ist. Der Widerruf bei Lebzeiten des Beschenkten kann vorbehalten seyn, und er gilt in der Regel als vorbehalten; das macht dann nur den Unterschied, daß dann nicht bloß durch den Tod des Beschenkten vor dem Schenker, sondern auch durch den Widerruf des letztern die Möglichkeit der Verwandlung des natürlichen Besitzes in Eigenthumsbesitz und Eigenthum abgeschnitten wird. Nur glaube ich, daß bei ausdrücklich oder stillschweigend vorbehaltenem Widerruf auch Verfügungen des Schenkers über die Sache in der Zwischenzeit nach eingetretener Bedingung ihre Kraft nicht verlieren, so wenig wie bei dem Kauf mit der Resolutivbedingung nisi emtori displicuisset, dessen Verpfändung unwirksam wird, wenn er von der Bedingung Gebrauch macht (L. 3 quib. mod. pign. 20, 6). Wo immer nämlich eine Bedingung den Sinn hat, daß damit nur dem, durch dessen Handlung sie erfüllt werden soll, ein Recht zu dieser Handlung gegeben wird, scheint es mir nothwendig, daß, wenn die Bedingung überdieß keine rückwirkende ist — und alle Resolutivbedingungen sind nach meiner Meinung nicht rückwirkend —, die Zwischenverfügungen dessen, der die Bedingung zur Existenz bringt, aufrecht bleiben, wenn er auch gleich obligatorisch deßhalb verpflichtet seyn kann. Verfügungen des mortis causa — quum mors insequetur — Beschenkten über die Sache müssen schlechthin nichtig seyn, ehe mors insequitur, und auch dann es bleiben, wenn die Schenkung perfect wird. Von einer Schwebe kann in der Zwischenzeit nur die Rede seyn, sofern möglicherweise der Tradition ganz der Charakter einer Eigenthumsübertragung entgehen kann. Die Verfügungen des Beschenkten können in keiner Weise von schwebender Wirkung seyn, weil sie jedenfalls wirkungslos seyn müssen. Der Verfasser stößt sich in Anm. 148 daran, daß im §. 9 der L. 11 cit. von der in gewöhnlicher Weise mortis causa vom Manne beschenkten Ehefrau gesagt wird: si vivo marito alii tradiderit, nihil agitur ex traditione, während doch nach §. 7 die Tradition des von Seiten des Schenkers als Mittelsperson benützten interpositus an die Frau bei Lebzeiten des Mannes nach dessen Tod wirksam werden soll. Aber das ist eine vom Schenker gewollte, jene eine vom Schenker nicht gewollte Tradition. Jene wird also durch den Eintritt der

von ihm gesetzten Bedingung ergriffen, diese nicht. In den Schlußbetrachtungen S. 118 ff. drückt der Verfasser sein Resultat hinsichtlich der Rückziehung so aus: der entscheidende Umstand sey dabei nicht das Erzeugende, sondern nur das Bezeugende. Wenn er sich von mir die Modification vorschlagen lassen und sie annehmen will: es gilt bei der Rückziehung der entscheidende Umstand nicht als das Erzeugende, sondern nur als das Bezeugende, so sind wir ganz einig.

Das Gesammtresultat, welches sich mir aus den Darlegungen des Verfassers ergeben hat, ist das:

1) es gibt eine doppelte Bedingtheit von Rechtszuständen, mit und ohne Rückwirkung des entscheidenden Ereignisses; die Rückwirkung wird durch Rückziehung vermittelt, deren Wesen darin besteht, daß die Entscheidung als bloße Aufdeckung behandelt wird;

2) die Betagtheit eines Rechtszustandes wirkt ähnlich, aber nicht ganz gleich der Bedingtheit ohne Rückwirkung;

3) bei jeder Bedingtheit und Betagtheit dinglicher Rechtszustände findet rechtliche Gebundenheit der Sache statt, aber nur bei der Betagtheit ist sie verbunden mit einem Recht dessen, an den die Sache beim Eintritt des dies gelangen soll.

Dr. v. Scheurl.

II.

Sonst und jetzt der Praxis des Civilprocesses.

In unserer Uebersicht der periodischen Literatur des gemeinen deutschen bürgerlichen Processes (Bd. IV. S. 97) ist sich vorbehalten worden, jene Zeitschriften, welche sich vorzugsweise oder ausschließlich die Mittheilung von Entscheidungen der Gerichtshöfe zur Aufgabe gestellt haben, vorzuführen, soweit nämlich solche den Civilproceß nach gemeinem Rechte betreffen.

Von diesem Vorbehalte machen wir nun Gebrauch. Die Mittheilung von Rechtsfällen hat, wenn sie den Anspruch, eine wissenschaftliche zu seyn, berechtigter Weise erheben will, ihre eigenthümliche Schwierigkeit. Wissenschaftlichen Werth haben nur die rechtlichen Erörterungen; die thatsächlichen Aufstellungen nehmen hieran nur dann und insofern Theil, wenn und insoweit sie für die ersten zur Grundlage und Erläuterung dienen. Nur insoweit sind sie daher bei der Mittheilung von Rechtsfällen mit zu berücksichtigen und aufzunehmen.. Hierin wird nun zumeist durch ein Uebermaß gefehlt; man erhält zu viel Spreu mit in den Kauf *). Vortheilhaft zeichnen sich in dieser Beziehung die französischen Mittheilungen von Rechtsfällen aus. Den Franzosen kommt außer der ihren Gelehrten natürlichen Leichtigkeit der Dar-

*) Seuffert in dem Vorwort zu dem sogleich zu besprechenden Archiv S. IV. bemerkt, daß bei manchen Mittheilungen aus der Praxis das Verhältniß des doctrinellen Gehaltes zu dem aufgetischten bedeutungslosen Actenmaterial etwa mit dem bezeichnet werden kann, was im Kaufmann von Venedig Bassanio von Graziano's vernünftigen Gedanken sagt: sie sind wie zwei Weizenkörner in zwei Schäffel Spreu versteckt.

stellung das Institut des Cassationshofes zu statten. Dem Cassationshof ist die Prüfung der thatsächlichen Fragen entzogen; er ist in dieser Beziehung an die Aufstellung in dem angefochtenen Urtheile gebunden. Eine Folge dieser Einrichtung ist, daß die Trennung der Thatfragen von den Rechtsfragen eine größere Wichtigkeit erhält, und darum auch von Parteien und Richtern schärfer hervorgehoben und beachtet wird, als dieß bei uns in der Regel der Fall zu seyn pflegt. Diese Angewöhnung tritt nun in der praktischen Bearbeitung der Rechtsfälle von Seite der Franzosen in einer ganz gedrängten und prägnanten Darstellung der Thatsachen hervor, welche den Rechtsfall eigentlich bilden, und einzig und allein für dessen Entscheidung von Erheblichkeit sind, während in den deutschen Bearbeitungen sehr häufig eine zu große Breite sich geltend macht. Nach dieser allgemeinen, die formelle Behandlung praktischer Mittheilungen betreffenden Bemerkung wenden wir uns zu unserer Aufgabe, jene Zeitschriften, welche sich vorzugsweise oder ausschließlich die Mittheilung von Entscheidungen der Gerichtshöfe zum Zwecke gesetzt haben, so weit nämlich solche den Civilproceß nach gemeinem Rechte betreffen, vorzuführen.

Es gehören hieher:

1) Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten. Herausgegeben von J. A. Seuffert (vom neunten Bande an und von E. A. Seuffert.). München. Literarisch-artistische Anstalt der J. G. Cotta'schen Buchhandlung. Erster Band 1847. Zehnter Band 1856

Die Zeitschrift hat sich die Aufgabe gestellt, für die Wechselwirkung zwischen Theorie und Praxis durch Mittheilung von Entscheidungen aus den Gebieten des Civilrechts und Civilprocesses, welche bei den obersten Gerichten in den deutschen Staaten nach gemeinem Rechte (deutschen oder fremden Ursprungs) ergangen sind, thätig zu seyn. Dazu werden auch Entscheidungen gerechnet, welche auf Anwendung particularrechtlicher Normen beruhen, wenn die angewandten Normen mit gemeinrechtlichen Vorschriften oder mit solchen Rechtssätzen zusammentreffen, welche in der Wissenschaft des gemeinen Rechtes einen festen Boden haben.

Die Quellen für das Archiv sind theils gedruckte Samm-

lungen, aus denen die Beiträge bald auszugsweise, bald in selbständiger Redaction entnommen sind, zumeist aber handschriftliche Mittheilungen, so daß insbesondere in den späteren Bänden die obersten Gerichtshöfe wohl aller deutschen Staaten mit einziger Ausnahme Oesterreichs vertreten sind.

In dem Particularismus der deutschen Rechtszustände, welcher sich gerade auf dem Gebiete des bürgerlichen Processes am breitesten gemacht hat, ist es gelegen, daß die Mittheilungen aus dem Civilproceß bei weitem spärlicher sind als jene aus dem des Civilrechts; indessen findet sich bei jedem Hefte eine zweite dem Civilproceß gewidmete, immerhin ziemlich umfangreiche Abtheilung, in welcher die betreffenden Mittheilungen nach einem einfachen natürlichen System an einander gereiht sind. Die Redaction zeichnet sich durch Vermeidung des oben hervorgehobenen Fehlers aus und kann in Hinsicht auf Beschränkung des factischen Materials eine musterhafte genannt werden. Verschiedenheiten in den Ansichten der obersten Gerichtshöfe werden durch Bemerkungen hervorgehoben, welch letztere auch angebracht werden, um Zweifel anzuregen oder zu lösen, oder um die Literatur zu vervollständigen. Zur Erleichterung der Benützung ist jedem Bande ein systematisches Register beigegeben. Ueber die ersten fünf Bände ist im Jahre 1853 ein systematisches und alphabetisches Register erschienen, welches im Eingange zugleich diejenigen nennt, welche handschriftliche Beiträge geliefert haben, und die juristischen Zeitschriften und gedruckten Mittheilungen aufführt, welche für das Archiv benützt wurden. Das Erscheinen eines weiteren dergleichen Registers über Bd. VI — X. ist für die nächste Zeit angekündiget.

*

2) **Blätter für Rechtsanwendung zunächst in Bayern** in Verbindung mit Ch. L. Glück und E. Fr. Dollmann herausgegeben von J. A. Seuffert. Bd. I. 1836, Bd. XXI. 1856. Erlangen. Verlag von J. J. Palm und Ernst Enke (Adolph Enke).

Die Zeitschrift ist sehr reichhaltig in Mittheilung von Erkenntnissen des obersten Gerichtshofes des Königreichs Bayern über streitige oder zweifelhafte Fragen aus dem Gebiete des Civilprocesses, da, wie wir bereits in Bd. I. S. 297, Bd. III. S. 71

näher erörtert haben, die Thätigkeit dieses obersten Gerichtshofes leider zumeist für die Entscheidung von Proceßfragen in Anspruch genommen wird. Die erste und vorzüglichste Grundlage solcher Entscheidungen haben freilich die bayerischen Proceßgesetze zu bilden. Allein das gemein-deutsche Proceßrecht, beziehungsweise dessen Quellen, Doctrin und Praxis sind nicht nur als subsidiäre Quelle des bayerischen Processes anzusehen, so daß in dieser Eigenschaft das gemeine Recht zur Ergänzung der Gerichtsordnung, zur Ausfüllung ihrer Lücken dient, sondern es kömmt auch noch als Hülfsmittel der Auslegung und Anwendung in Betracht. Die Entscheidungen bieten daher zumeist auch ein gemeinrechtliches Interesse. Sorgfältige Register bei jedem einzelnen Bande und zwei alphabetische und systematische Register über je zehn Bände (von Glück) erleichtern auch hier die Benützung.*)

*

8) Rechtssätze und Erkenntnisse des k. Ober-Appellationsgerichts zu Dresden. Herausgegeben von Gust. Ad. Ackermann, Appellationsrath. Neue Folge. Erster Band, Grimma und Leipzig, Verlags-Comptoir 1852. Der sechste Band (Wurzen, Verlags-Comptoir 1856) unter dem Titel: „Rechtssätze aus Erkenntnissen und Verordnungen der obersten Justiz- und Spruchbehörden des Königreichs Sachsen."

Jährlich erscheinen vier Hefte, die einen Band bilden, mit einem alphabetischen Sachregister, geschöpft aus Erkenntnissen des k. Oberappellationsgerichts, aus dessen und des k. Ministeriums der Justiz Verordnungen, wie aus Erkenntnissen der Bezirks-Appellationsgerichte.

Bei dem innigen Zusammenhange zwischen dem sächsischen und gemeinen Processe sind die processualischen Mittheilungen auch für das gemeine Recht von hohem Interesse, wie denn auch die einschlägige Doctrin und Literatur allenthalben berücksichtiget sind.

*

*) Vergl. über diese Zeitschrift noch B. IV. S. 407 ff.

4) **Sammlung der Entscheidungen des Oberappellationsgerichts zu Lübeck in Frankfurt mit Berücksichtigung der Erkenntnisse der früheren Instanzen.** Herausgegeben von Dr. Joh. Jak. Römer, Adv. ord. Erster Band. Frankfurt a. M. Ferd. Boselli. 1854. Vierter Band 1856.

Alle drei bis vier Monate erscheint ein Heft. Urtheile und Entscheidungsgründe werden möglichst vollständig mitgetheilt; thatsächliche Fragen jedoch weggelassen. Der einzelne Band ist mit einem systematischen Register versehen, nach zwei Abtheilungen — Civilrecht und Civilproceß; auch diese uns zunächst interessirende Abtheilung gewährt reichen Stoff.

In ähnlicher Weise erscheinen die Erkenntnisse desselben Oberappellationsgerichts in hamburgischen Rechtssachen. 2. Bd. 5. Abth. Erk. aus dem Jahre 1855 enthaltend. Hamburg, Perthes-Besser und Mauke, 1856. Die gleiche Sammlung der Entscheidungsgründe in bremischen Civilrechtssachen wurde nur statt der Abschrift für bremische Theilnehmer der Sammlung als Manuscript gedruckt.

*

5) **Auserlesene Civilrechtssprüche der höheren Gerichtsstellen in Württemberg.** Herausgegeben von Chr. Fr. A. Tafel. Erster Band, Heilbronn, Drechsler, 1846. Zweiter Band 1856, Stuttgart, Lindemann.

Bei der Auswahl der Rechtsfälle ist vorzüglich auf solche Entscheidungen Rücksicht genommen, in welchen nicht bloß controverse Fragen aus dem particulären, sondern auch aus dem gemeinen Rechte erörtert sind; bei der Bearbeitung des Materials ist von allen nicht zur Verständlichkeit nothwendigen factischen Verhältnissen, so wie von allen sonst noch vorkommenden kein allgemeines Interesse darbietenden Fragen abstrahirt, und nur das aufgenommen worden, was sich auf die zu erörternde Rechtsfrage bezieht. Die Ausbeute für processualische Fragen ist gering.

*

6) **Annalen der Justizpflege und Verwaltung in Kurhessen** mit Genehmigung des kurf. Justiz-Ministeriums herausgegeben von O. L. Heuser, Oberappellations-Gerichts-Secretär zu Cassel. Erster Band. Cassel (Th. Fischer) 1854. Dritter Jahrgang 1855 und 1856.

Hieher gehören die Mittheilungen bemerkenswerther Entscheidungen des Oberappellations-Gerichts in Civilsachen. Nach dem Plane sollen diese Mittheilungen in möglichst gedrängter Fassung gegeben werden.

*

7) **Blätter für Rechtspflege in Thüringen und Anhalt** unter Mitwirkung von Emminghaus, Heerwart, Heimbach, Reinhold Schmid, herausgegeben von Dr. J. Ch. Hotzel, OAG.-Rath in Jena. Erster Band. Jena (Frommann) 1854. Dritter Band 1856.

Es werden mannichfache Entscheidungen über interessante Proceßfragen geliefert, wobei insbesondere auch Erkenntnisse mehrerer deutschen Juristenfacultäten mitgetheilt werden. Die Zeitschrift hat sich vorzugsweise die Darstellung des sogenannten usus fori seinem materiellen Begriffe nach, d. h. die Mittheilung vorgekommener Entscheidungen von Rechtsfällen zur Aufgabe gestellt, wobei vor allem auf solche Rücksicht genommen werden soll, in welchen eine Schwierigkeit sich herausstellt, die für den einzelnen Fall entscheidende Rechtsnorm zu finden und mit Sicherheit anzuwenden.

*

8) **Wochenblatt für merkwürdige Rechtsfälle** in actenmäßigen Darstellungen aus dem Gebiete der Justiz und Verwaltung zunächst für das Königreich Sachsen. Herausgegeben von Dr. Th. Tauchnitz. Neue Folge. Vierter Jahrgang 1856. Lpz. B. Tauchnitz.

Das factische Material ist häufig allzu umfangreich.

*

Außer den hier aufgeführten Zeitschriften existiren noch mehrere, welche die praktische Rechtswissenschaft zum Gegenstande haben. Wir nahmen von deren Aufführung um deßwillen hier Umgang, weil gegenwärtiger Bericht es nur mit jenen Erzeug-

nissen der periodischen juristischen Literatur zu thun hat, welche sich ausschließlich oder doch vorzugsweise die Mittheilung von Entscheidungen der Gerichtshöfe zur Aufgabe gestellt haben, und welche zugleich solche Entscheidungen bringen, die den Civilproceß nach gemeinem Rechte betreffen. Ausgeschlossen sind demnach von der Besprechung jene Zeitschriften, deren Hauptaufgabe die Veröffentlichung selbständiger Abhandlungen über einzelne Rechtsmaterien ist, und bei welchen die Rechtsfälle nur eine Zugabe bilden, deßgleichen jene Zeitschriften, welche, wie z. B. die aus dem Gebiete des preußischen Rechtes, nach dem Charakter der betreffenden Landes-Proceßgesetzgebung nicht in der Lage sind, Entscheidungen über processualische Fragen zu enthalten, die einen wenn auch nur vermittelten oder subsidiären Bezug auf den uns hier allein interessirenden gemeinen deutschen Civilproceß bieten.

Ferner haben wir Umgang von jenen Zeitschriften genommen, die sonst an sich hieher gehören würden, von deren Erscheinen für das laufende Jahr (1857) uns zur Zeit (Ende Januars) keine Kunde geworden ist. Eine Nachlese bleibt hier immer vorbehalten; auch ist es uns weniger um eine vollständige Aufzählung der einschlägigen Zeitschriften zu thun, als darum einen Umschwung zu constatiren, welchen die Praxis des gemeinen deutschen Civilprocesses genommen hat, der sich aus der letzten Hälfte des abgelaufenen Jahrzehents her datirt, in den Entscheidungen der deutschen Gerichtshöfe kund gibt, und den wir in Folgendem des näheren zu besprechen gedenken.

Die nächste Aufgabe der Praxis ist die Anwendung des gegebenen Rechtes auf die concreten Verhältnisse des wirklichen Lebens. Diese Aufgabe gehört der Praxis ausschließend an. Mit der Doctrin theilt sie eine zweite und höhere Aufgabe, die der modificirenden, neuen Bedürfnissen und der Verschiedenheit der Zustände entsprechenden Fortbildung der bestehenden Rechtsnormen. Bei der Erfüllung dieser der Doctrin und Praxis gemeinsamen Aufgabe hat bald diese bald jene den Vorsprung. Auf dem Gebiete des Civilprocesses scheint uns dermalen der Vorsprung entschieden auf der Seite der Praxis zu seyn.

Die Hauptforderung an die Reform der Civilrechtspflege geht nach unseren früheren Erörterungen in gegenwärtiger Zeitschrift

(Band I. S. 297 ff.) dahin, unser Verfahren von seiner abstracten und formellen Verschrobenheit zu einer praktischen Natürlichkeit im Dienste des materiellen Rechtes zurückzuführen.

Die Doctrin, weit entfernt sich dieser Aufgabe allenthalben und mit der gehörigen Schärfe bewußt zu seyn, treibt noch sehr häufig, um mit Thibaut zu reden, ihr „Spiel mit den tauben Nüssen der Abstraction." Wir hätten in unserem früheren Bericht über die periodische Literatur des gemeinen deutschen bürgerlichen Processes (Band IV. S. 97 ff.) aus den dortselbst besprochenen Aufsätzen eine kleine Sammlung solcher Abstractionen — „gemischtes System," „formales Princip," „Subtractions-Theorie," „Combinations-Maxime" — mittheilen können; wir haben es unterlassen, und wollen nur unsern dortigen Zuruf: „O stellt es ganz und gar ab!" nachträglich auch hierauf ausgedehnt wissen.

Dem denkenden Praktiker treten die Mißstände unseres Verfahrens häufiger und greller vor Augen als dem Theoretiker. In der Gegenwart machen sie sich um so mehr geltend, als die Umgestaltung des Strafverfahrens ein ganz anderes Bild der richterlichen Thätigkeit in der verwandten Sphäre zeigt und zu einer Vergleichung zwischen beiden herausfordert, welche nicht geeignet ist, zum Vortheile des Civilprocesses auszufallen.

Weiter macht sich auch in dem Verfahren, wie in dem materiellen Rechte, der Einfluß des Handelsrechts geltend, und es gilt auch hier, was Bähr*) sagt, daß in der starken Strömung des Handelsverkehrs die künstlichen Bauten keinen Stand halten, mittelst deren es den Juristen an anderen Stellen den natürlichen Lauf des nämlichen Rechtsstromes abzudämmen gelang. In Handelsprocessen vorzüglich drängt sich die dem Formalismus entgegenstrebende Maxime Ulpian's auf: „de bona fide enim agitur, cui non congruit de apicibus juris disputare, sed de hoc tantum, debitor fuerit nec ne." (L. 29. §. 4. D. mand. vel contra [17. 1.]).

Die Praxis hat nun die Gebrechen unseres Verfahrens erkannt, sie ist auch, so weit es ihr die bestehenden Einrichtungen

---

*) Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund S. 267.

und Gesetze nur immer gestatteten und möglich machten, nach Kräften bemüht gewesen, durch eine freiere Auf- und Erfassung der processualischen Formen durch eine mehr auf eine materielle Rechtspflege gehende Richtung der judiciellen Thätigkeit abzuhelfen.

Versuchen wir dieses nun im einzelnen etwas näher nachzuweisen, wobei die Hauptpunkte in fortlaufenden Zahlen hervorgehoben werden sollen. Dieselben umfassen so ziemlich das ganze Gebiet des Civilprocesses, so weit solches zu den oben besprochenen Gegensätzen Veranlassung gibt.

Die Darstellung des Jetzt schließt durch das Gegentheil das Sonst in sich, wobei wir aber, um nicht ungerecht zu werden, nicht verschweigen dürfen, daß auch früher die freiere Richtung in einzelnen Punkten sich Bahn gebrochen hat; vorherrschend ist aber im Ganzen die strengere und formellere Auffassung geblieben.

Wir beginnen mit einer Erörterung aus dem unter Nr. I. besprochenen Archiv (Bd. 10 S. 419), welche sich stützt auf die Jahrbücher des badischen Oberhofgerichts Jahrg. 1838 und 1839 S. 276 ff. und das Magazin für badische Rechtspflege und Verwaltung von Zentner Bd. I S. 165 und zum Gegenstande hat:

1) die Auslegung und Ergänzung mangelhafter Parteivorträge in Civilprocessen, deren Inhalt wegen ihrer Wichtigkeit als Beleg für unsere Aufstellung, und da sie sich über die Auffassung des richterlichen Amtes im allgemeinen ausspricht, nicht minder die zwei entgegengesetzten Ansichten — die von sonst und die von jetzt — bestimmt nebeneinander stellt, wir im Folgenden ausführlicher mittheilen. Häufig, heißt es, stoßen die Obergerichte auf Mängel und Unvollständigkeiten der Parteivorträge, welche die Grundlage des ganzen Processes bilden, und nicht selten werden dann solche Fälle nach zwei ganz entgegengesetzten Maximen behandelt. Die eine hält sich streng an den Buchstaben der Klage, Einrede u. s. w., und gestattet weder eine ausdehnende Auslegung der Parteivorträge aus der unterstellbaren Absicht der Parteien, noch eine Ergänzung der Mangelhaftigkeit und Unvollständigkeit aus den im Wege der Beweisanticipation vorgelegten Urkunden u. dgl.; und es sind schon Fälle vorgekommen, wo diese strengere Maxime einen Urkundenbeweis

als gar nicht angetreten behandelte, weil der Beweisführer in seiner Beweisantretung unterlassen hatte, um Tagsfahrt zur Production der Originalien zu bitten, oder weil er zwar die öffentliche Stelle, bei welcher die zu producirenden Urkunden lagen, benannt, aber unterlassen hatte, um deren Einforderung an das Gericht zu bitten.

Die andere den Forderungen der Billigkeit und des materiellen Rechtes mehr entsprechende Maxime dagegen läßt eine logische Auslegung der Parteivorträge, Erläuterung der Dunkelheiten und Ergänzung der Unvollständigkeiten aus der unterstellbaren Absicht der Parteien und aus den mit den Vorträgen producirten Urkunden zu, und es dürfte ihr wohl mehr als der andern das Prädicat strenger Gerechtigkeit beigelegt werden; denn wenngleich die Vorschriften der Proceßordnung, welche Klarheit und Vollständigkeit der Parteivorträge, erschöpfende Erörterung der Thatsachen und Bestimmtheit der Anträge verlangen, überall vom Richter zu handhaben sind, so ist doch derselbe nicht berechtiget, diese Handhabung in der Weise zu üben daß er, wo er auf dergleichen Mängel stößt, die mangelhafte Handlung als gar nicht geschehen ansieht, vielmehr muß ihn überall, wo nicht ausdrücklich eine gewisse Form bei Strafe der Nichtigkeit vorgeschrieben ist, der civilrechtliche Grundsatz leiten, wornach der Richter bei einer mangelhaften Handlung zu ermessen hat, ob damit dennoch die Absicht des Gesetzes erreichbar sey, und eben so ist er verpflichtet, die civilrechtlichen Auslegungsregeln für Gesetze und Verträge auch auf Parteivorträge anzuwenden; und was insbesondere den Mangel bestimmter Anträge bei Klagen und anderen Verträgen anlangt, so muß er entweder deren Stellung veranlassen, oder sie als so gestellt annehmen, wie sie sich nach den im Parteivortrag enthaltenen Thatsachen, ohne einen Rechtsverzicht anzunehmen, von selbst ergeben, d. h. es muß angenommen werden, die Partei habe alle die Rechtsansprüche vor dem Richter geltend machen wollen, welche sich aus den von ihr vorgetragenen Thatsachen ableiten lassen.

Die andere Maxime trägt wohl mehr nur den Schein des strengen Rechts, und wird besonders dann zu einer empfindlichen Härte, wenn die Proceßleitung in erster Instanz mangelhaft ist, was immer noch häufig der Fall seyn wird, solange die Einzel-

richter die Regel bilden. Die zweite Maxime ist bei den badischen Obergerichten die herrschende.

In ähnlicher Weise sprechen sich die in den unter **II.** aufgeführten Blättern Bd. 20 S. 271 mitgetheilten Entscheidungsgründe zu einem Erkenntnisse des OAG. zu München dahin aus: „der Act der richterlichen Urtheilsschöpfung hat sich auf den in seinem Bereiche vorfindlichen Elementen des wahren Sachverhaltes zu bewegen, ohne sich durch geoffenbarte Richtungen des parteilichen Strebens hierin aufhalten zu lassen, wenn nur ein dargebotener Anhaltspunkt sich dazu eignet, und auch zureicht, das daran angeknüpfte Begehren vollständig zu rechtfertigen."

Von diesem Gesichtspunkte ausgehend wird der Richter

2) viel seltener zur Abweisung der Klage in der angebrachten Art kommen, indem er vielmehr die Klage, so weit es immer möglich ist, aufrecht erhalten oder Ergänzungen durch einen Vorbescheid auferlegen wird, so wie umgekehrt da, wo der Ungrund der Klage und nicht bloß Mangelhaftigkeit der Klageschrift zu Tage liegt, der Richter vermeidet, die Abweisungs-Formel „in der angebrachten Art" zu wählen, um die nachtheilige Folge zu vermeiden, daß der Kläger, beziehungsweise dessen Anwalt, dadurch einen Vorwand und Anhaltspunkt zu grundloser Erneuerung des Processes erhält.

So wird nach Mittheilungen in Seufferts Archiv Bd. IV. S. 223 die Klage aus einem zweiseitigen Contracte bloß um deßwillen, weil in der Klage nicht speciell und ausdrücklich die Erfüllung des Vertrages als geschehen angeführt oder anerboten worden ist, nicht abgewiesen, vielmehr die Erfüllung des Klägers durch die Anstellung der Klage auf Vertragserfüllung von seiner Seite als gesetzliche Bedingung, als stillschweigend asserirt angenommen, und wenn sie der Beklagte in Abrede stellt, dem Kläger der Beweis der seinerseits bewirkten Erfüllung auferlegt.

3) Die Wirksamkeit der so sehr mißbrauchten dilatorischen Einreden wird nach Möglichkeit zu beschränken gesucht. So findet sich nach S. A. Bd. 3 S. 340 ausgesprochen: „Es kann auch vor Eintritt der Bedingung oder der Verfallzeit eine Klage auf Anerkenntniß eines Rechtsverhältnisses angestellt werden, vorausgesetzt, daß der Beklagte das künftige Recht des Klägers abgeläugnet hat," und nach S. 317 ebd. unterliegt es keinem Be-

denken, wenn bei wiederkehrenden Leistungen die Verfallzeit nur in Ansehung einer oder einiger eingetreten ist, eine auch auf die künftig verfallenden gerichtete Klage zuzulassen.

Nach S. 226 a. a. O. wird der Umstand, daß zu früh geklagt worden, nicht berücksichtiget, wenn das Verfallziel eintritt, ehe die Klage als zur Zeit unstatthaft abgewiesen und die Forderung selbst im übrigen durchaus unbestritten ist und daher dem materiellen Recht durch Verurtheilung des Beklagten kein Eintrag geschehen ist, nachdem der Zweck des gerichtlichen Verfahrens nur darin besteht, wirklichen Beschwerden abzuhelfen und rein formelle Beschwerden ohne allen materiellen Gehalt keine Berücksichtigung verdienen. Das sächsische OAG. hat nach Bd. 2 S. 316 ebd. in der Erwägung, daß es beschwerend für die Parteien erscheint, wenn, nachdem sie geraume Zeit über das Vorhandenseyn eines Rechtes gestritten haben, und darüber hauptsächlich erkannt worden ist, dieses alles vergeblich seyn und es eines künftigen neuen Processes bedürfen soll, bloß aus dem Grunde, weil es noch einer kurzen Zeit bedarf, bis zu dem Augenblick, wo das Recht in Ausübung zu bringen ist, in mehreren Fällen, wo auf Anerkennung eines Rechtes geklagt wurde, die Klage für statthaft erachtet, sobald die Umstände von der Art waren, daß der Zweck, das streitige Recht festzustellen, damit erreicht wurde, und die Befürchtung, daß ein vergeblicher Proceß geführt werde, nicht vorlag, mit dem Beifügen, daß natürlich in einem solchen Falle der executivische Zwang nur erst dann angewendet werden könne, wenn die Verfallzeit oder der Zeitpunkt, zu welchem die Uebergabe der Sache zu erfolgen hat, eingetreten ist.

4) Dem Satze: qui excipit, non fatetur, der sogenannten Eventualmaxime *) ist eine vernunftgemäßere Beschränkung gegeben worden.

---

*) Der Wiener Lloyd v. J. 1854 Nr. 67 erzählt folgendes Beispiel vom Gebrauch der Eventualmaxime auf der andern Hemisphäre: Eine Partei war angeklagt, einen erborgten Theekessel dem Eigenthümer beschädiget zurückgestellt zu haben. Erstens, sagte der gelehrte Vertheidiger, Advocat in Kentucky, war der Theekessel zerbrochen, als wir ihn erborgten; zweitens war er ganz, als wir ihn zurückstellten; drittens

In S. A. Bd. 8 S. 132 kommt hierüber folgendes aus einem Erk. des Oberhofgerichts zu Mannheim (Jahrb. N. F. XI [1849—50] S. 148) vor:

„Der Satz excipiens non fatetur hat nur den Sinn, daß in dem Falle, wenn sich der Beklagte darauf beschränkt, Einreden vorzuschützen, ohne den factischen Grund der Klage zu beantworten, hieraus kein Zugeständniß der der Klage zum Grunde liegenden Thatsachen gefolgert werden kann. Daraus folgt aber nicht, daß der Kläger die von dem Beklagten zur Begründung der vorgeschützten Einreden vorgebrachten Behauptungen nicht benutzen und daraus keine rechtlichen Folgen für sich ableiten könne, indem der Beklagte die von ihm als wahr vorgebrachten und zu seiner Vertheidigung geltend gemachten Thatsachen auch gegen sich gelten lassen muß."

In einem Erk. des OAG. zu München (Blätter für Rechtsanwendung Bd. 19 Erg. Bl. S. 124) heißt es: „Den Gerichten muß die Amtsgewalt zustehen, aus dem ganzen Inbegriffe der Antwort auf die Klage, aus der Vergleichung einzelner Stellen mit den übrigen, welche sie erläutern und berichtigen, und aus der Zusammenhaltung von Erwiederung der Klage und Einreden nach den selbstverständlichen Regeln der gewöhnlichen Mittheilungsweise zu ermitteln, auf welche Punkte ein mehrere Umstände umfassender Widerspruch zu beziehen und wie er überhaupt zu verstehen sey."

5) Im Interesse einer materiellen Rechtspflege und zur Vermeidung der Vervielfältigung der Processe wird die Abweisung der Klage wegen Klageänderung möglichst selten ausgesprochen. Wenn ein die Klage ergänzender Umstand in der Replik vorgetragen und sich in der Duplik hierauf eingelassen wird, so ist ein etwaiger Mangel des Klagelibells in so weit unschädlich gemacht. Seufferts Archiv Bd. 9 S. 331. Es wurde nicht als Klageänderung angesehen, wenn bei einer Erbschaftsklage der Kläger, welcher sich in der Klage einen Sohn und gesetzlichen Erben des Erblassers genannt hatte, in der Replik behauptet, er sey ein Sohn des Erblassers vermöge Erbschafts- oder Adoptionsvertrages.

---

haben wir nie und nirgendwo von irgend einem Menschen einen Theekessel erborgt.

Seufferts Blätter Bd. 9 S. 190; ebenso dann nicht, wenn unter Vorlage eines Schuldscheins die Darlehensklage angestellt war, und auf Entgegensetzung der Einrede des nicht vorgezählten Geldes angeführt wird, die eingeklagte Schuld sey aus einzelnen Kaufgeschäften entstanden und durch Creditgeben in eine Darlehensschuld übergegangen — ebd. Bd. 10 S. 315, Seufferts Archiv Bd. 5 S. 446; deßgleichen dann, wenn ein Kläger, welcher seinen Anspruch in der Klage auf Unvordenklichkeit gegründet hatte, später dieselbe durch Nachweis der Erfordernisse der dreißigjährigen Verjährung aufrecht zu halten suchte, Seufferts Archiv Bd. 3 S. 227; es wurde die Zulassung einer unstatthaften mutatio libelli darin nicht gefunden, daß das Gericht in dem Fall, da in der Klage nicht hervorgehoben wurde, ob das Kaufgeschäft unmittelbar zwischen Käufer und Verkäufer oder durch einen Bevollmächtigten des einen oder andern Theils abgeschlossen wurde, nach dem Ergebnisse des Verfahrens den Abschluß des Kaufgeschäftes durch eine Mittelsperson zum Beweise aussetzte. Ebd. Bd. 10 S. 320.

6) Der Richter des gemeinen und des mit ihm auf einer Grundlage ruhenden particularen Proceßrechtes ist zwar im allgemeinen an die Rechtskraft der Erkenntnisse auf Beweis und an die gesetzliche Beweistheorie gebunden; indessen zeigt sich auch hier eine freiere Auffassung und das Streben, dem materiellen Rechte, so weit es immer möglich ist, über den Formalismus den Sieg zu verschaffen. Wir heben in dieser Beziehung nachfolgendes hervor:

a. Ueber die Tragweite der Rechtskraft der Interlocute. Aus Seufferts Arch. Bd. 4 S. 256. Die Praxis hat den Grundsatz adoptirt, daß bei einem Beweisinterlocute auch das, was daraus über die Ansicht des Richters und über die beabsichtigte künftige Entscheidung hervorgeht, als ein wirkliches der Rechtskraft fähiges Erkenntniß anzusehen sey. Es ist aber derselbe lediglich auf diese Art der Interlocute zu beschränken und keineswegs auszudehnen auf andere interlocutorische Bescheide, und namentlich nicht auf bloß proceßleitende Auflagen. (Im gegebenen Falle handelte es sich von der Appellabilität eines richterlichen Decretes, durch welches dem Beklagten lediglich aufgegeben worden sich noch über gewisse Thatsachen bestimmt zu erklären,

ohne schon zu erkennen zu geben, welche Wirkung demnächst dieser Erklärung beigemessen werden, und welchen Einfluß dieselbe auf die Entscheidung der Hauptsache haben solle.) Vielmehr ist in Ansehung dieser sowohl dem Richter unbenommen, selbst noch wieder, nach erfolgter Erledigung der gemachten Auflage, von der einmal gefaßten Ansicht abzugehen, falls er sich von deren Unrichtigkeit überzeugen sollte, als auch die Partei, welche dem Interlocute sich gefügt hat, demnächst bei der Appellation gegen das in Folge dieser Parition abgegebene Enderkenntniß auch noch die jener Auflage zum Grunde liegende Ansicht als unrichtig angreifen kann, welches beides nicht geschehen dürfte, wenn ein solches Interlocut der Rechtskraft fähig wäre. Aus Bd. 10 S. 429 ebd. Die Rechtskraft des Interlocuts hat nur die Richtung des Beweisverfahrens zum Gegenstande. Es entscheidet rechtsverbindlich über die Beweislast sowie über die Beweisfrist, und kann in dieser Beziehung später nicht aufgehoben werden. Allein den eigentlichen Streitpunkt, oder das quod in judicium deductum ändert es keineswegs. Bei dem Definitivurtheil liegt dem Richter nicht weniger die Frage vor: ob die Klage begründet oder elidirt sey, und die Ansicht, die das Interlocut bestimmte, kann nicht das endliche Schicksal der Sache entscheiden. Wenn also die Klage an und für sich als unstatthaft erkannt wird, so ist sie auch noch später, ungeachtet des geführten Beweises, zurückzuweisen. — Es ist ferner anerkannt worden, daß die Fälle keineswegs ganz selten sind, in welchen es für den Richter nicht nur schwierig, sondern gar nicht einmal möglich ist, schon bei Fassung des Beweissatzes zum voraus eine genauere und sichere Entscheidung darüber abzugeben, von welchen factischen Umständen das endliche Resultat des Processes werde abhängen müssen, indem vielmehr erst die Beweisführung selbst einen genaueren Maßstab für das Gewicht der einzelnen zum Beweise verstellten Thatsachen zu liefern vermag; und daß in solchen Fällen die Rechtskraft der Beweisinterlocute sich nicht so weit erstrecken darf, daß dadurch dem künftigen richterlichen Ermessen über jene Fragen vorgegriffen würde. Seufferts Archiv Bd. 9 S. 292.

b. Ueber die Zulassung der sogenannten *probatio per aequipollens.*

Es war auf Vertragseingehung zwischen Kläger und

Beklagten interloquirt, die Beweisführung des Abschlusses durch einen Bevollmächtigten wurde für genügend erachtet. Seufferts Blätter Bd. 15 S. 236. Seufferts Archiv Bd. 2 S. 136. „So wie das anfängliche Beweisthema nach Gestalt der Sache und wegen vorher unbekannter und nicht erörterter Umstände erweitert werden darf, so ist unter gleichem Verhältnisse eine Beschränkung zulässig, soferne sie sich nur nicht von dem entfernt, was eigentlich Gegenstand des Rechtsstreites ist." Bd. 4 S. 242: „Die Substitution eines aequipollens, an die Stelle eines im Beweisinterlocute namentlich vorgeschriebenen Beweises ist dann immer zulässig, wenn sich aus der ganzen Lage der Sache ergibt, daß der interloquirende Richter auch auf den modificirten Beweis würde erkannt haben, und hätte erkennen müssen, wenn ihm zur Zeit, als er sein Erkenntniß abgab, schon die genauere Entwickelung der bereits früher vorgebrachten Thatsachen vorgelegen hätte, auf welche jetzt der Beweis gerichtet wird." Vergl. Bd. 10 S. 134.

c. Freiheit in der Beweisprüfung, wenn Acten Beweismittel sind. „Wenn die Parteien Beweis- und Gegenbeweis-Urkunden unter Bezugnahme auf Voracten, in welchen sich dieselben finden, produciren, so steht dem Richter zu, den ganzen Inhalt der fraglichen Acten als Beweismaterial zu benützen, und das richtige Verständniß der vorgelegten einzelnen Stellen aus dem ganzen Zusammenhange zu beurtheilen. Es ist ein gänzliches Mißverständniß der Verhandlungsmaxime und ihres Geistes, wenn (im gegebenen Falle) die Parteien sich bestreben, die richterliche Urtheilsfindung durch zahlreiche Einschränkungen des Gebrauches der vorgeschlagenen Beweismittel zu beengen." Seufferts Blätter für Rechtsanwendung Bd. 13 S. 365.

d. Annahme vollständigen Beweises bei einer s. g. *singularitas testium adminiculativa.* Ebd. Bd. 17 S. 199; insbesondere pflegt bei dem Nachweise des Besitzstandes von dem sonst für einen gehörigen Beweis gestellten Erfordernisse eines mindestens zweifachen Zeugnisses abstrahirt zu werden, und wird als genügend erachtet, wenn die einzelnen in verschiedene Zeiten fallenden Besitzacte auch nur je durch einen unverdächtigen Zeugen bekundet sind. Dasselbe tritt gleichermaßen in dem Fall ein, wo

es sich nur um die nähere Qualification (z. B. der Vergünstigung) eines an sich unbestrittenen Besitzes handelt. Seufferts Archiv Bd. 6 S. 96.

e. Gewicht einer Zeugenaussage über eine vom Zeugen gewonnene Ueberzeugung.

„Es ist zu weit gegangen, wenn hin und wieder der Zeuge bloß auf die specielle Angabe einzelner, mit seinen Sinnen wahrgenommener Thatsachen eingeschränkt und ihm schlechterdings kein Urtheil eingeräumt wird. In einem Falle, wo jemand zur Kenntniß eines gewissen Rechtsverhältnisses nicht durch eine einzelne Wahrnehmung, sondern durch eine ganze Reihe von Wahrnehmungen gelangt, darf der Richter kein Bedenken tragen, der Ueberzeugung und dem Urtheil des Zeugen zu folgen, sobald nur das Rechtsverhältniß, welches der Zeuge bekundet, ein solches ist, das in die Fassungskraft des Zeugen fällt, z. B. ein Societätsverhältniß." Seufferts Archiv Bd. 7 S. 345, 346, Bd. 3 S. 234.

f. In Ermittelung der Umstände, welche die Wahl zwischen Zuerkennung des Erfüllungs- und des Reinigungseides bestimmen können, hat das richterliche Ermessen freiere Hand, ohne an Anträge der Parteien gebunden zu seyn. Ebd. Bd. 3 S. 238.

g. Der Anerkennung, ungeachtet die speciellen zum Beweise ausgestellten Thatsachen durch sie nicht bewiesen werden, wird zur Förderung wahrer Gerechtigkeit und um nicht mit den Rechtsanschauungen des Lebens und der bona fides des Verkehrs in den bedauerlichsten Widerspruch zu gerathen *), eine interpretative und adminiculirende Wirkung bei der Prüfung des Beweisergebnisses eingeräumt. Seufferts Archiv Bd. 1 S. 296, Bd. 4 S. 237, Bd. 5 S. 85.

h. Durch glaubhafte Anzeigungen kann, namentlich wo es sich um facta interna z. B. um den dolus, um mala fides handelt, ein voller Beweis begründet werden, indem hier überall mehr auf die Gesammtheit der Umstände, als auf einzelne strenge Beweisgründe zu sehen ist. Seufferts Archiv Bd. 4 S. 441 S. 15 ff., dessen Blätter für Rechtsanwendung

*) Bähr, die Anerkennung als Verpflichtungsgrund S. 182, 194.

Bd. 17 S. 272, Bd. 18 S. 255, Bd. 20 S. 281, Bd. 21 S. 400.

7) Dem Richter steht das Recht zu, in seinem Urtheile jedes beschränkte Recht zuzuerkennen, welches zwischen dem Begehren beider Theile als den äußersten Grenzpunkten in der Mitte liegt.

So wurde in dem Streite zwischen der Stadtgemeinde Nürnberg und der dortigen Schützengesellschaft wegen des Schießhauses zu St. Johannis und mehrerer Grundstücke, wo jeder Theil das Eigenthumsrecht in Anspruch nahm, den ergründeten Rechtszuständen gemäß erkannt, der Stadtgemeinde Nürnberg stehe das Eigenthum, der Schützengesellschaft aber, solange sie besteht, ein durch die Natur seiner Bestimmung beschränktes Nutzungsrecht an den streitigen Realitäten zu. Seufferts Blätter Bd. 17 S. 29.

Es ist dieses ein Durchgreifen, von dem Heffter (System S. 322 Note 31) sagt, daß es zu billigen ist, wenn es mit richtigem Tact innerhalb der concreten processualischen Sphäre die Schale von dem Kern zu sondern weiß, und den letztern wohl gar erhebt, ohne daß die Parteien selbst an das Rechte gedacht haben, oder wenn es da, wo dem richterlichen Ermessen ein Spielraum gestattet ist, mit Sagacität ohne mechanische Eintrichterung eine Bestimmung zu treffen weiß.

Von letzter Art des Durchgreifens ist z. B. in dem Fall Gebrauch zu machen, wenn die Sachverständigen erklären, daß mit dem Verluste eines Rechtes ein Schaden verbunden sey, derselbe sich jedoch nicht taxiren lasse, wo dann der Richter mit oder ohne Eid des Beschädigten diesem ex aequo et bono ein gewisses Entschädigungsquantum zuerkennen kann. Seufferts Archiv Bd. 2 S. 379.

8) Aus dem Gebiete der Rechtsmittel heben wir Nachstehendes hervor:

a. Eingehen in die Materialien bei unstatthaftem Rechtsmittel. Ungeachtet ein gegen eine proceßleitende Auflage (vgl. Nr. 6 v. oben) ergriffenes Rechtsmittel als unstatthaft erkannt worden war, wurde von dem OAG. zu Lübeck doch in eine Prüfung der Materialien desselben eingegangen, „da beide Theile ein Erkenntniß darüber erwarteten, da die Sache bereits, so viel die jetzt in Frage stehenden Punkte

anbetrifft, vollständig instruirt ist, und da mithin die Aussetzung der Entscheidung hierüber nur eine Verzögerung des Processes zur Folge gehabt haben würde." Seufferts Archiv Bd. 4 S. 305.

b. Die mangelhafte Begründung einer Beschwerde hebt diese selbst nicht auf. Wenn andere der richterlichen Beurtheilung sich darbietende Rücksichten die erhobene Beschwerde als begründet erscheinen lassen, so hat der Oberrichter denselben durch ein abänderndes Erkenntniß die geeignete Folge zu geben. Ebd. S. 306.

c. Der Oberrichter kann in einer durch Appellation an ihn gebrachten Rechtssache in der freien Beurtheilung derselben durch die Ansichten des Unterrichters nicht dahin beschränkt werden, daß er eine vom Unterrichter gemachte Eidesauflage, welche mit der Begründung der oberrichterlichen Entscheidung in geradem Widerspruche stände, aufrechthalten müßte, wenn der, welcher mit der Eidesauflage belastet wurde, hierüber eine besondere Beschwerde nicht geführt hat. Ebd. Bd. 2 S. 301.

d. Stillschweigender Verzicht auf die Richtigkeitsbeschwerde.

Es ist den Gesetzen des vernünftigen Denkens angemessen, daß von demjenigen, welchem ein ihn verurtheilendes Erkenntniß publicirt wird und welcher sohin in dem Falle ist zu widersprechen, wenn er Gründe zu haben glaubt, den Rechtsbestand einer derartigen Entscheidung zu bestreiten, wenn er dieß nicht thut, angenommen wird, er wolle von seinen Einwendungen absehen und sich der Entscheidung unterwerfen. Wohin sollte es führen, wenn man ihm gestatten wollte, ohne Präjudiz für seine Rechte still zu schweigen und den Proceß bei dem vollen Bewußtseyn, daß dabei eine Nullität untergelaufen, gleich einem gesetzmäßig geführten bis zu dem Zeitpunkt fortgehen zu lassen, zu welchem es dem Excipirenden eben gefällt, von der Einrede der Richtigkeit Gebrauch zu machen. Ebd. Bd. 4 S. 309 ff. Blätter für Rechtsanwendung Bd. 17 S. 40, Bd. 19 S. 236, Bd. 20 S. 335. „Wenn, heißt es in den Blättern am zuerst a. O., in einem Processe eine Partei bei schon gegebenem Richtigkeitsgrunde und der Bekanntschaft mit solchem die Verhandlungen fortsetzt, richterlichen Auflagen genügt, das ordentliche Rechtsmittel der Berufung ergreift, ohne die Richtigkeit der betreffenden Verhandlungen oder Judicate

geltend zu machen u. s. w., gibt sie doch eben so wie in anderen Rechtsverhältnissen zu erkennen, daß sie von ihren deßfallsigen Befugnissen keinen Gebrauch machen wolle, da sie ja veranlaßt war, hievon Gebrauch zu machen, und bei dem Bekanntseyn der Partei mit dem Nichtigkeitsgrunde kein Hinderniß dagegen obwaltete, so daß alle gesetzlichen Voraussetzungen eines im allgemeinen gültigen stillschweigenden Verzichtes vorliegen. Die Annahme der Wirksamkeit eines solchen ist für eine förderliche Rechtspflege noch dringender geboten als bei der Berufung, da, wenn sie nicht angenommen wird, der gewiß große Nachtheil eintreten kann, daß nach einem weitläufigen und kostspieligen Processe eine Partei noch das ganze Verfahren umstoßen kann, nachdem sie doch im Verlaufe desselben Kenntniß von dem Nullitätsgrunde erlangt und dennoch sich auf das weitere Verfahren eingelassen und alle möglichen Proceßhandlungen vorgenommen hat.

9) Es ist die Rechtskraft der Entscheidungsgründe dahin festgestellt, daß rechtskräftig alles wird, was der Richter bezüglich des streitigen Rechtsverhältnisses entscheiden will, ohne daß es darauf ankömmt, ob dieß unmittelbar aus der Urtheilsformel selbst oder nur aus den besonders abgefaßten Urtheilsgründen sich erkennen läßt, indem nicht der bloße Wortinhalt, sondern der Sinn des richterlichen Urtheils für den Umfang der Rechtskraft entscheidend ist, deren Anwendung bei einem künftigen verwandten Rechtsstreit ohne Kenntniß dessen, was der Richter als Unterlage der von ihm ausgesprochenen Abweisung oder Verurtheilung bezüglich des streitigen Rechtsverhältnisses bejaht oder verneint hat, gar nicht möglich ist, und insoweit daher die Urtheilsgründe einen wesentlichen Bestandtheil des Urtheils selbst, eine Ergänzung des Inhalts desselben bilden. Seufferts Archiv Bd. 5 S. 303, Bd. 1 S. 406, Bd. 2 S. 316, Bd. 3 S. 229, Bd. 8 S. 140, S. 141 S. 250.

Die vorstehenden Beispiele, welche wir leicht zu vermehren im Stande wären, mögen genügen, um den Gegensatz zwischen sonst und jetzt in der Praxis des Civilprocesses darzulegen, und nachzuweisen daß die deutschen Richter, so viel an ihnen liegt,

und es die bestehenden Gesetze und Einrichtungen nur immer gestatten, die Bedürfnisse unseres Rechtslebens zu berücksichtigen und durch eine freiere Handhabung der processualischen Formen und eine auf materielle Rechtsprechung gerichtete Amtsthätigkeit in ihrem Kreise zu befriedigen bestrebt sind.

Möchte die Gesetzgebung sich aufgefordert fühlen, hinter diesem Vorgange des Richteramtes nicht zurückzubleiben, da nur sie im Stand und berufen ist, den vorhandenen so augenscheinlichen und so tief eingreifenden Gebrechen auf wirksame Weise abzuhelfen und so dem Richter, der jetzt in Folge des Formalismus unserer Proceßgesetzgebung nur zu oft sich als Werkzeug der Chicane mißbraucht sehen muß, die Freudigkeit in seinem Berufe zurückzugeben.

Es ist neulich gegen die sofortige Reform der deutschen Proceßgesetzgebung geltend gemacht worden: „Ein mündlich öffentlicher Proceß auf Grundlage des in lateinischer Sprache geschriebenen römischen Rechtes mit all seinen Streitfragen und exegetischen Erörterungen ist eine contradictio in adjecto, und würde sicher eine außerordentliche Verschleppung der Processe herbeiführen und eine bedeutende Vermehrung des Richterpersonals erfordern."

Nicht zu verkennen ist, daß ein mündliches öffentliches Verfahren mit einem einheimischen Civilgesetzbuch das bessere wäre allein wollte man um deßwillen das Werk der Reform des Processes aufschieben, so würde auch hier das Bessere der Feind des Guten seyn.

Das Bedürfniß einer Reform des Verfahrens ist so dringend daß mit der Befriedigung desselben bis zur Herstellung des bürgerlichen Gesetzbuches nicht gewartet werden kann. Daß die Reform des Verfahrens eine außerordentliche Verschleppung der Processe herbeiführen und eine bedeutende Vermehrung des Richterpersonals erfordern würde, ist geradezu unwahr; es würde vielmehr das Gegentheil eintreten. Nach unseren Erfahrungen ist die durchschnittliche Dauer eines Processes, der in den beiden Stadien — Vorverfahren und Beweisverfahren — die drei Instanzen durchläuft, auf mindestens fünf Jahre anzuschlagen. Bei dem reformirten Verfahren, wo die scharfe Trennung zwischen erstem und Beweis-

verfahren wegfiele, die Zwischenberufungen größtentheils aufhörten, würde dieselbe höchstens auf zwei Jahre anzuschlagen seyn.

Die in der unteren Instanz nöthige Vermehrung des Richterpersonals würde durch dessen Verminderung in den höheren Instanzen mehr als aufgewogen. In der gegenwärtigen Zeitschrift Bd. III S. 64 ff. ist die Geschäftsaufgabe des obersten Gerichtshofes für das Königreich Bayern für das Jahr 18⁵³/₅ angegeben; dieselbe entzifferte sich auf 4198 zu erledigende Spruchsachen, wovon auf das Etatsjahr 18⁵⁴/₅₅ die Summe von 1806 als Rückstände übergiengen, nämlich 1778 Civil- und 28 Strafsachen. Nach einer Mittheilung von Levita in dem Gerichtssaal (Jan. 1857 S. 24) betrug die Zahl der im Jahre 1854 an den Cassationshof von Frankreich gerichteten Recurse in Civilsachen 576, und von diesen wurden bereits 400 von der sogenannten chambre des requêtes, welche über die Frage zu entscheiden hat, ob eine wirkliche Rechtsfrage oder bloß die Würdigung einer Thatsache den Gegenstand der Berufung bildet, abgewiesen, so daß die chambre civile, welche über den eigentlichen Fond des Cassationsgesuches zu erkennen hat, nur über eine sehr geringe Anzahl von Processen zu urtheilen in der Lage war. Die Gesammtheit der bei den sieben Appellationsgerichten des Königreichs Bayern diesseits des Rheins im Jahre 18⁵³/₅. vorliegenden Civilrechtssachen hat nach der angeführten Mittheilung betragen 14,119.

Nach Levita a. a. O. waren im Jahre 1854 vor den 27 Appellhöfen des französischen Kaiserreichs im Ganzen 15,286 Berufungen schwebend.

Diese Zahlen mögen genügen, um die gedachte Einwendung gegen eine sofortige Reform des Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten auf ihren wahren Werth zurückzuführen.

Dr. Lauk.

III.

Die neueren Bearbeitungen der Polizeiwissenschaft.

R. v. Mohl, die Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates. 2. Aufl. 2 Bde. Tübingen 1844.

Derselbe, System der Präventivjustiz oder Rechtspolizei (mit dem Seitentitel: die Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates 3. Bd.) 2. Aufl. Tübingen 1845.

G. Zimmermann, die deutsche Polizei im 19. Jahrhundert. 3 Bde. Hannover 1845–1849.

Derselbe, Wesen, Geschichte, Literatur, charakteristische Thätigkeiten und Organisation der modernen Polizei. Ein Leitfaden für Polizisten und Juristen. Hannover 1852.

Vergleicht man die Werke Mohl's und Zimmermann's mit der älteren Literatur der Polizeiwissenschaft, so ist ein großer Fortschritt unverkennbar. Vergleicht man aber die Werke der beiden Schriftsteller selbst, so wird nicht weniger klar, wie sehr es den Bearbeitern dieser Wissenschaft noch an dem festen Unterbau gebricht, der auf anderen Gebieten der Staatslehre längst besteht und als gemeinsame Grundlage in den aufeinanderfolgenden Systemen wiederkehrt.

Man kann Mohl's „Präventivjustiz", wenn auch mit Vorbehalt aller Rechte des Autors, der sich zu dem obigen Seitentitel nur widerstrebend um der Schwachen willen verstand (Vorw. S. VIII), als einen Abschnitt seiner „Polizeiwissenschaft" auffassen und hat dann ein dreibändiges Werk vor sich, das denselben Gegenstand ungefähr auf demselben Raume behandelt, wie das

erstgenannte Werk von Zimmermann.*) Beide haben es vorzugsweise mit der „deutschen Polizei", u. z. mit der deutschen Polizei „des 19. Jahrhunderts", nicht mit Institutionen der Vorzeit oder mit abstracten, auf gegenwärtige Ausführbarkeit verzichtenden Idealen zu thun. Wie total verschieden aber ein und derselbe Stoff von den beiden Schriftstellern aufgefaßt worden ist, läßt sich durch eine Nebeneinanderstellung der Hauptabtheilungen, in welchen sie ihn behandelt, und des Umfangs, den sie jeder Abtheilung — bei annähernd gleichem Gesammtumfang — gegeben haben, nach einer Seite hin vortrefflich darthun. Daß die Differenz selbst noch tiefer geht, als aus dieser Zusammenstellung ersichtlich ist, wird eine weitere Zergliederung zeigen.

Mohl hat folgende Abtheilungen:

Band I. und I.

Allgemeine Vorbegriffe. Literatur. 71 Seiten.

I. Theil: Materielle Grundsätze.

I. Sorge des Staats für die physische Persönlichkeit der Bürger. **)
   1. Sorge für die gehörige Volkszahl 50 S.
   2. Sorge für Leben und Gesundheit 134 S.
   3. Hülfe bei schwieriger Befriedigung der nothwendigen Lebensbedürfnisse 178 S. (Theuerungspolizei. Armenpolizei).

II. Sorge für die geistige Persönlichkeit der Bürger 167 S. (Verstandes-Bildung. Sittliche Bildung. Religiöse Bildung. Geschmacks-Bildung. ***)

III. Sorge für das Vermögen der Bürger 105 S.
   1. Begünstigung des Eigenthumserwerbes (Leibeigenschaft und Sklaverei. Erwerb von Grundeigenthum).

*) Die zweite Schrift Z's ist im Wesentlichen nur ein Auszug aus seinem größeren Werk.

**) Der Organisation der Medicinal- und der Armenpolizeibehörden sind in diesem Abschnitt 8 Seiten gewidmet.

***) Auf die „Beamten der Bildungspolizei" und die Behörden der Sittenpolizei (Sittengericht) sind 9 Seiten verwendet.

2. Sicherheit des Eigenthums gegen Zerstörung durch Elementarereignisse 45 S.
3. Förderung des Betriebs 362 S. (Landwirthschaft, Gewerbe, Handel, Verkehrsmittel ꝛc.)
4. Maßregeln hinsichtlich des Vermögensgenusses 19 S.

II. Theil: Formelle Grundsätze.

I. Organisation der Polizeibehörden 28 S.
II. Verfahren in Polzeisachen 10 S.

Band III. Präventivjustiz.

Allgemeine Vorbegriffe. Literatur. 64 Seiten

I. Theil: Materielle Grundsätze.

I. Schutz der Rechte des Staats 113 S. (Vereinswesen. Paßwesen. Presse ꝛc.)
II. Schutz der Rechte des einzelnen Bürgers 180 S. (Landstreicher ꝛc. Schutz der Ehre, der Freiheit, des Eigenthums).

II. Theil: Formelle Grundsätze.

I. Behörden und Organe der Präventivjustiz 77 S. (Leitende Behörden. Vollziehende Organe. Geheime Polizei.)
II. Vollziehungsmittel 64 S. (Caution. Eingränzung. Verweisung. Verhaftung. Haussuchung. Beschlagnahme ꝛc.)
III. Verfahren 57 S.

Das Werk Zimmermann's zerfällt in folgende Hauptabtheilungen:

I. Literatur. Geschichte. 100 Seiten.
II. Grundlage und allgemeine Charakteristik des polizeilichen Instituts 69 S. (Begriff. Zwecke. Mittel. Formen. Zufällige Thätigkeiten: Strafgerichtsbarkeit ꝛc.
III. Umfang und Gränzen der P. 162 S. (Verwaltung und P. Justiz und P. Competenzconflicte der P ꝛc.)
IV. Polizeigesetzgebung 34 S.
V. Charakteristische Thätigkeiten der P. 25 S.
   1. Beobachtende 65 S.
   2. Vorbeugende 92 S.

3. Repressive 5 S.
4. Entdeckende (gerichtliche Polizei) 84 S.

VI. Organisation der P. 14 S.
1. Bau des polizeil. Instituts als einheitliches Ganzes 246 S. (Arbeitstheilung. Trennung von der Rechtspflege. Verhältniß zur Strafrechtspflege. Keine militärische Organisation. Centralisation.)
2. Organisation und Verhältniß der einzelnen Polizei-Behörden 192 S.
3. Die persönlichen Verhältnisse der Polizeibeamten 146 S. (Erforderliche Eigenschaften. Auswahl u. Ausbildung. Besoldung ꝛc.)
4. Allgemeine Landespolizei. Hohe Polizei. Politische Polizei. Geheime Polizei 63 S.

Diese Uebersicht läßt kaum die Gemeinschaftlichkeit des Stoffes erkennen; man ist bei ihrer Betrachtung zu der Annahme versucht, die beiden Schriftsteller hätten ihre Arbeiten zwei verschiedenen Zweigen der Wissenschaft, nur unter gleichlautender Benennung, gewidmet. Die Erklärung liegt theils in einer durchgreifenden Verschiedenheit der Methode, theils in einer ungleichen Begränzung des Stoffes. Es ist von Interesse, diese Abweichungen zu untersuchen und so zu ermitteln, in welchen Beziehungen das neuere Werk einen Fortschritt, in welchen es einen Rückschritt der wissenschaftlichen Bearbeitung zeigt.

Was sich dem Leser zunächst aufdrängt, ist die Wahrnehmung, daß Z's größeres Werk durch Weitschweifigkeit und oft läppische Plauderhaftigkeit in demselben Maß ermüdet, in dem die Darstellung von M. durch Klarheit, Ruhe und Präcision ausgezeichnet ist. Es liegt jedoch nicht in unserer Absicht, auf diese und andere Eigenthümlichkeiten, die für den bezeichneten Zweck dieser Besprechung unerheblich erscheinen, näher vergleichend einzugehen. Principiell wichtig für künftige Bearbeitungen der Polizeiwissenschaft sind nur jene beiden Fragen in Betreff der Methode und der Begränzung des Stoffes.

I. Hinsichtlich der Methode äußert eine erste Grundverschiedenheit sich darin, daß M., den meisten seiner Vorgänger folgend, die Gegenstände des polizeilichen Wirkungskreises sondert und in dieser Sonderung darstellt, während Z. die Arten

der polizeilichen Thätigkeit seiner Darstellung zu Grund legt. Demgemäß finden wir das M'sche Werk nach den fünf Hauptclassen: Sorge für die physische Persönlichkeit, für die geistige Persönlichkeit, für das Vermögen, — Schutz der Rechte des Staates und der Einzelnen geordnet. In Unterabtheilungen werden die „formellen Grundsätze" zu den drei ersten, dann zu den zwei letzten Hauptabschnitten behandelt.*) Eine ganz andere Gestalt hat der entsprechende Abschnitt des Z'schen Werkes, der seinen Stoff nach den vier „charakteristischen Thätigkeiten" der Polizei — Beobachtung, Vorbeugung, Repression, Entdeckung — zur Darstellung bringt. Der übrige, an Umfang weit vorwiegende Inhalt des Buches ist größtentheils den Materien gewidmet, die bei M. unter der Bezeichnung „formelle Grundsätze" einen sehr mäßigen Raum einnehmen.

Während M. der Reihe nach die Bevölkerungs-, Gesundheits-, Theuerungs-, Armenpolizei, und so fort alle einzelnen Gegenstände polizeilicher Thätigkeit, unter den betreffenden Hauptabschnitten abhandelt, dagegen auf eine Zergliederung dieser Thätigkeit nach ihren verschiedenen Qualitäten nicht eingeht, hat Z. die letzteren allein ins Auge gefaßt und auf eine erschöpfende Darstellung der Gegenstände völlig verzichtet. Wo er sich mit diesen befaßt, geschieht es nur um die eine oder andere Thätigkeitsform mit Beispielen zu erläutern. In diesem Sinne bespricht die Abtheilung „vorbeugende Sorge" einzelne beliebig herausgegriffene Partien der sogenannten Sicherheitspolizei, der Gesundheitspolizei u. s. w. Aber auch hier ist es keineswegs auf Vollständigkeit abgesehen, und eine Menge anderer Materien bleibt gänzlich unberührt. So würde man z. B. über polizeiliche Maßregeln und Anstalten in Bezug auf Dienstbotenwesen, Vereine und Volksversammlungen, Zusammenrottung und Tumult, Betrug, Wucher, Preßangelegenheiten**) vergeblich in diesem dreibändigen Lehrbuch der Polizeiwissenschaft ein Wort zu finden hoffen.

---

*) Diese Eintheilung steht in engem Zusammenhang mit M's Lehre von der Präventivjustiz, auf die wir noch zurückkommen.

**) Ausgenommen einige Bemerkungen über Censur. Möglich, daß von den aufgezählten Gegenständen dieser oder jener doch berührt und

Wie Z. seine Weise zu rechtfertigen sucht, ist aus folgender Stelle des Leitfadens (S. 34) ersichtlich:

„Neuerdings sind in mehreren deutschen Ländern systematisch geordnete Zusammenstellungen der Gesetze, Verordnungen und Vorschriften über die Rechte, Pflichten und Organisation der Polizei dieser Staaten von Schriftstellern herausgegeben worden. Sie ersetzen zwar nicht die eigentliche Wissenschaft der Polizei, wenn diese richtig und ächt verfährt, aber sie machen gewiß die Lehrbücher der Polizei, welche, wie z. B. Mohl, die Polizeilehre an die Gegenstände der polizeilichen Thätigkeit reihen, unnütz für die Polizisten des resp. Landes, da sie die polizeilichen Regeln geschichtet nach Gegenständen, weit vollständiger und praktischer geben als jene Lehrbücher. Ein gutes wissenschaftliches Lehrbuch der Polizei und neben ihm eine derartige Zusammenstellung der Polizeigesetze des Landes liefern dem praktischen Polizeimann zusammen das theoretische Material vollständig, das er zum guten Betrieb seines Faches braucht."

Diese Motivirung ist nun gränzenlos leichtfertig. Will sie sagen, die ächte und „eigentliche" Polizeiwissenschaft habe mit den Gegenständen der Polizei überhaupt nichts zu thun, — oder nur: die wissenschaftliche Darstellung sey nicht nach Gegenständen sondern nach einem anderen Princip zu ordnen? Im zweiten Fall ist Z., der die Darstellung der Gegenstände ganz umgangen hat, nicht gerechtfertigt; im ersten Fall stützt sich seine Behauptung auf ein arges Mißverständniß. Er vermengt dann die Bearbeitung der allgemeinen Polizeiwissenschaft mit der (wirklich oder vermeintlich) wissenschaftlichen Bearbeitung irgend eines Landes-Polizeirechts. Seine Theorie steht auf gleicher Linie mit dem Raisonnement eines Criminalisten, der uns sagen würde: „Da in mehreren deutschen Ländern Compendien des geltenden particulären Strafrechtes existiren, so ist die eigentliche Criminalrechtswissenschaft auf die Lehre vom Verfahren der Strafgerichte beschränkt. Ein gutes wissenschaftliches Lehrbuch des Strafrechtes, d. h. des allgemeinen Strafproceßrechtes, und neben

---

uns durch Schuld des Registers nur entgangen ist. Dagegen ließe sich die Aufzählung auch ohne Schwierigkeit verzehnfachen.

ihm ein derartiges Compendium der materiellen Strafgesetzgebung, liefern dem praktischen Criminalisten zusammen das theoretische Material vollständig, das er zum guten Betrieb seines Faches braucht." Werden aber — möchte man consequenter Weise hinzusetzen — auch Compendien des particulären Strafprocessrechtes geschrieben, so verschwindet die allgemeine Lehre vom Strafrecht überhaupt aus dem Kreise der „eigentlichen" Wissenschaften!

Der Gedanke erscheint so ungeheuerlich, daß man kaum begreift, wie er in dem Kopf eines Mannes Eingang finden konnte, der doch sonst vielfache Proben von gesundem Verstand ablegt. Vielleicht löst sich dieses Räthsel durch folgende Annahme: In seinem Hauptwerk hatte Z. eine einseitige Darstellung des formellen Theiles geliefert, mehr seiner Neigung als einem Princip folgend. Diese Einseitigkeit mag, als das Werk vollendet vorlag, bei der Kritik Anstoß erregt haben und ihm selbst erst in ihrer ganzen Schärfe deutlich geworden seyn. Bei der nachfolgenden Bearbeitung des Leitfadens hatte er nun die Wahl, seine Fehler entweder zu bekennen, oder durch den Versuch einer principiellen Rechtfertigung zu beschönigen. Da er sich für letzteres entschied, mußte das herbeigeholte Princip eben so barock ausfallen, als der Fehler, den es verdecken sollte, grob war.

Daß Z. selbst von einer folgerichtigen Durchführung seines Gedankens weit entfernt ist, kann nicht befremden. Er hat, wenn man ihn mit dem eigenen Maßstab mißt, nach einer Seite viel zu viel, nach der andern viel zu wenig gethan. Die Hälfte seines Buches ist der Organisation der Polizeiverwaltung gewidmet, während man doch, wie er selbst hervorhebt, in jeder von jenen „systematisch geordneten Zusammenstellungen" gerade über die Organisation der betreffenden Landes-Polizeianstalt Aufschluß erhalten kann. Anderseits dagegen sucht man bei ihm vermöge seiner Geringschätzung der „Gegenstände" umsonst nach Belehrungen, die doch in den landesrechtlichen Handbüchern ebensowenig zu finden sind. Ein Beispiel für viele bietet das Capitel von öffentlichen Zusammenrottungen und Tumulten. Wenn auch einzelne Staaten ihr besonderes Aufruhrgesetz haben, das den Polizeibehörden gewisse Rechte und Pflichten in Betreff solcher Vorgänge überträgt, so ist doch sicherlich mit einer Zusammenstellung und

Erläuterung dieser Gesetzesartikel die Kenntniß der Aufgabe nicht erschöpft, die hier die Polizeigewalt zu lösen hat. *) Man vergleiche den reichhaltigen Abschnitt bei M. Bd. III. S. 159—172, um sich zu überzeugen, welche Lücken Z. offengelassen hat, die durch keine „systematische Zusammenstellung von Gesetzen, Verordnungen und Vorschriften" ausgefüllt werden können. —

Daß ein System der Polizeiwissenschaft alle Gegenstände der polizeilichen Thätigkeit nach Art des M'schen Werkes umfasse, ist unerläßlich. Nur die Frage kann aufgeworfen und muß unseres Erachtens bejaht we den: ob es nicht angemessen sey, daneben eine Betrachtung der polizeilichen Thätigkeit nach ihren verschiedenen Qualitäten hergehen zu lassen. Z's Abschnitt „von den charakteristischen Thätigkeiten" zeigt allerdings, daß eine eigene in den allgemeinen Theil zu verweisende Erörterung der beobachtenden, vorbeugenden Thätigkeit u. s. w. **) nicht unfruchtbar ist. Sie bietet einerseits Gelegenheit, manches zusammenzufassen was außerdem im besonderen Theil mehrfach wiederholt werden muß, und gewährt anderseits Grundlagen für die Lehre von der polizeilichen Organisation, bei welcher eine Ausscheidung der verschiedenen Functionen nicht entbehrt werden kann. Aber sie darf sich nicht, wie es bei Z. geschieht, an die Stelle der objectiven Darstellung setzen, und ebensowenig dürfen diese Thätigkeitskategorien als Haupt-Eintheilungsgrund in der Art angewendet werden, daß der eine Abschnitt alle polizeilichen Verbeugungs-, der andere alle

*) Wir stehen in diesem Augenblick auf Z'schem Standpunkt, sehen also davon ganz ab, daß es eben vor allem der Polizeiwissenschaft zukommt zu lehren, wie ein gutes Aufruhrgesetz abgefaßt seyn müsse.

**) Eine nahere Untersuchung der von Z. gewählten Classification gehört nicht hieher. Unhaltbar scheint jedenfalls der Einwand, der gegen Z. erhoben worden ist: Vorbeugung und Repression könnten nicht getrennt werden, weil letztere immer zugleich den Zweck habe, einem weiteren Umsichgreifen des Uebels vorzubeugen. Dieß würde nur auf den Unterschied zwischen repressiver und nichtrepressiver Vorbeugung, also doch wieder auf eine Ausscheidung von zwei Thätigkeiten zurückführen. Die Hauptsache ist, daß für den einen und den anderen Zweck verschiedene Mittel in Bewegung gesetzt werden. Die Maßregeln zur Verhütung und jene zur Unterdrückung eines Aufstandes z. B. sind so ungleicher Art, daß sich eine gesonderte Betrachtung rechtfertigt.

Repressivmaßregeln behandelte, mit den Unterabtheilungen: Vorbeugung auf dem Gebiete der Sitten-, Gesundheits-, Wirthschaftspolizei, Repression auf denselben Gebieten u. s. f. Dieß würde eine heillose Zersplitterung des im Leben zusammengehörigen Stoffes und überdieß unzählige Wiederholungen zur Folge haben. Vielmehr muß der specielle Theil nach Gegenständen geordnet bleiben, und ganz von selbst ergibt sich dann in jedem Abschnitt die Aufeinanderfolge der den Gegenstand betreffenden Vorbeugungs-, Repressivmaßregeln 2c. —

Mehr Anspruch auf Billigung und Nachahmung hat Z's Verfahren in einem anderen Punkt: in Betreff der Sorgfalt, die er auf das System der polizeilichen Organisation verwendet. Im ersprießlichsten Widerspruch mit seiner eigenen Doctrin ist, wie schon erwähnt, die volle Hälfte des Werkes — der ganze dritte Theil — den Organisationsfragen gewidmet, die bei M. gleichfalls in den Plan aufgenommen, aber auf wenigen Bogen *) sehr spärlich abgefertigt sind. Schon die Inhaltsübersicht eines einzelnen Abschnittes zeigt, wie genau es Z. mit seiner Aufgabe genommen hat, wenn gleich in der Bearbeitung auch hier der Mangel an Präcision sich empfindlich fühlbar macht. Der II. Abschnitt zerfällt unter dem Titel „Organisation und Verhältniß der einzelnen Polizeibehörden" in folgende Unterabtheilungen:

I. Localbehörden.

Centralisation der Polizeigeschäfte. — Bureaukratisches Princip. — Arbeitstheilung innerhalb der Behörde. — Das Personal und seine Befugnisse im allgemeinen (S. 911—998.)

Polizei der großen Städte, — der Mittelstädte, — der kleinen Städte und des flachen Landes (S. 998—1079.)

II. Polizeiliche Provincialbehörden (S. 1079—1091.)

III. Polizeiministerium (S. 1091—1102.)

---

*) 3 Bogen im I. und II., 5 Bogen im III. Band, wo überdieß von einer Trennung der Polizei- und „Präventiv"-Justiz-Behörden ausgegangen wird, die weder irgendwo besteht, noch wünschenswerth oder auch nur möglich scheint.

Dieser dritte Theil ist es hauptsächlich, welcher der Arbeit Z's ihren Werth verleiht und sie zu einer willkommenen Ergänzung des M'schen Werkes macht. In der That erscheinen erst beide Bücher zusammengenommen als ein Ganzes, freilich dann von monströser Gestalt, das alle Seiten der Polizeilehre in annähernd gleicher Vollständigkeit zur Darstellung bringt. Wenig von dem, was bei Zimmermann zu lernen ist, lernt man bei Mohl, und nichts von dem, was Mohl lehrt, bei Zimmermann.

Künftige Bearbeitungen der Polizeiwissenschaft werden demnach in der Hauptsache den von M. betretenen Weg zu verfolgen, jedoch in der Charakteristik der polizeilichen Thätigkeiten und in der eingehenden Erörterung der Organisationsfragen Z's Beispiel zu beachten haben.

II. Noch eingreifender als die bisher zur Sprache gebrachten Verschiedenheiten in der Behandlung des Stoffes sind diejenigen, die auf die Begränzung desselben, auf den Polizeibegriff und den daraus abzuleitenden Umfang der Polizeiwissenschaft Bezug haben. In dieser Hinsicht scheint uns Z's Buch einen erheblichen Fortschritt — obwohl noch mit unsicherer Hand — zu bezeichnen.

Unter den neueren Schriftstellern sind, wenn man ihre Auffassung des Grundbegriffs vergleichen will, zunächst drei Classen unterscheidbar. Bei allen findet sich die selbstverständliche Trennung von Militär- und Finanzverwaltung, dann Polizei und Justiz. *) Die Hauptstreitfrage ist die, ob mit dieser Gliederung die gesammte innere Staatsthätigkeit erschöpft sey, oder ob man noch weitere selbständige Verwaltungszweige neben den genannten anzunehmen habe.

Für die erste Alternative entscheiden sich namentlich H. Zachariä (Staatsrecht §. 179 rsp. 158), Stahl (Rechtsphilosophie II. §. 123); und hieher gehört auch Mohl. Indem diese Rechtslehrer der Polizei alle Staatsthätigkeit für die Förderung des Gemeinwohles zuweisen, finden sie in der Handhabung der

---

*) Dazu kommt allenfalls die sog. Regiminalverwaltung, deren Verhältniß zur Polizei gleichfalls unsicher ist. Dieser Nebenpunkt kann um so mehr übergangen werden, weil wir es hier überhaupt nur mit den Grundzügen zu thun haben.

Justiz und Polizei die ganze Staatsaufgabe begriffen. Haben auch sie selbst wieder für die Begriffsbestimmung verschiedene Fassungen, so treffen sie doch darin zuletzt zusammen, daß es neben Justiz und Polizei (abgesehen von der Militär- und Finanzverwaltung, die nur dienende Anstalten sind) kein Drittes für sie gibt. M's „Präventivjustiz" ist Justiz nach der einen, Polizei nach der andern, ein Conglomerat aus beidem nach der dritten Ansicht; jedenfalls macht sie nicht den Anspruch, als drittes selbständiges Glied der Polizei und Justiz coordinirt zu werden.*)

Unter den Vertretern der zweiten Classe sind Rau und Funke zu nennen. Rau (Zeitschr. f. d. ges. Staatswissensch. 1853 S. 620) beschränkt den polizeilichen Wirkungskreis auf die Verhütung von Sicherheitsstörungen, d. h. Abwendung der Gefahren, die den Staat selbst oder die Staatsangehörigen und ihr Eigenthum bedrohen. Er stellt demgemäß neben der Polizei und Justiz zwei weitere Verwaltungszweige auf: die Volkswirthschafts- und die Volksbildungspflege. — Aehnlich versteht Funke (Rechtslexicon VIII S. 186, 193) unter Polizei den Inbegriff der Staatsvorkehrungen zur Verhütung künftiger Verbrechen, sowie zur Beseitigung oder Verhütung der Gefahren für Leben, Gesundheit, Eigenthum, Wohlstand, zur Unterdrückung von Unsittlichkeiten u. s. w. Alle übrigen, von den Schriftstellern der ersten Classe in den Polizeibegriff aufgenommenen Functionen behält er der „Regierungsgewalt im engeren Sinne" vor. Diese umfaßt also bei

*) M. fällt vollständig dieser Classe zu, sobald man sich erlaubt, seine Präventivjustiz aufzulösen und ganz oder theilweise (mit oder ohne Inbegriff der freiw. Gerichtsbarkeit) zur Polizei zu schlagen. In einer Erörterung, die den zunächst bevorstehenden Entwickelungsgang der Wissenschaft vor Augen hat, ist man wohl auch berechtigt, so zu verfahren. Denn so allgemeine und gerechte Anerkennung dem M'schen Werke zu Theil geworden ist, so wenig Beifall hat seine Lehre von der Präventivjustiz gefunden. Sie ist vielfach mit überzeugenden Gründen bekämpft, dagegen unseres Wissens nicht von einem namhaften Schriftsteller angenommen worden. (Vgl. Zimmermann S. 1336, Funke am a. Ort S. 195, Heffter im Arch. des Crim.-R. 1843 S. 124.) So kann man sie wohl, vielleicht mit Zustimmung ihres Urhebers selbst, als eine erledigte Episode in der Entwicklung der Wissenschaft betrachten.

ihm — wie bei Rau Wirthschafts- und Bildungssorge, — alles Handeln zur positiven Förderung des Gemeinwohls, während bei den Erstgenannten beides, die behütende und die fördernde Thätigkeit, Polizei heißt. *)

Nun kommt aber eine dritte Auffassung hinzu, die sich der ersten anschließt, insofern sie gleichfalls behütende und fördernde Thätigkeit unter dem Polizeibegriff vereinigt, dagegen der zweiten, sofern sie demungeachtet im Staatsleben noch weitere selbständige Functionen neben Polizei und Justiz erkennt. Diese dritte Richtung hat Zimmermann eingeschlagen, wiewohl ohne genügende Entwicklung und Durchführung.

Er versteht unter Polizei, wenn man seine Definition (S. 133, Leitfaden S. 1) von einigen Auswüchsen reinigt, die Staatsthätigkeit zur Erhaltung der öffentlichen Ordnung durch die Mittel der Beobachtung, Vorbeugung, Repression und Entdeckung. Seine Begriffe der „Ordnung“ und der „Erhaltung“ sind unklar. Ersterer umfaßt mehr als Rau's „öffentliche Sicherheit“, und weniger als der Begriff des Gemeinwohls. Letzterer steht bei ihm nicht, wie bei Rau und Funke, im Gegensatze zur „Förderung“, sondern nur zu einer unmittelbar productiven und organisirenden Thätigkeit, begreift also die „Förderung“ mit in sich (S. 265). Die Begriffe sind hier nicht scharf aufgefaßt und demgemäß auch die Ausdrücke nicht glücklich gewählt. Wichtig ist aber die, bei Z. zuerst hervortretende Beschränkung der Polizei auf einen bestimmten Apparat von „Mitteln“, womit sich der Autor, abgesondert von seinen Vorgängern, in eine eigene Classe stellt. Unter Vorbeugung und Repression, die den Kern dieser Mittel bilden, hat man sich nach den gegebenen Erläuterungen (Leitfaden S. 68 ff., 90 ff.) stets eine Anwendung der besonderen, dem Staat beiwohnenden Macht zu denken, so daß also dem polizeilichen Wirkungskreis nur solche Handlungen angehören, bei welchen die gebietende und zwingende

*) Mohl (I. S. 8) geht von dem Satze aus, die Unterstützung des Staates könne immer nur negativer Art seyn, und stellt demgemäß eine Definition auf, die alle positiv fördernde Staatsthätigkeit ausschließt. Er selbst hat aber die Unhaltbarkeit dieser Beschränkung dadurch bewährt, daß er in der Ausführung, wie auch Funke S. 193 hervorhebt, vielfach auf positiv fördernde Staatsanstalten eingeht.

Autorität der Staatsgewalt in Thätigkeit tritt. Zwar schließen die Functionen der „Beobachtung“ und „Entdeckung“ nicht gleicherweise nothwendig eine Machtentwicklung in sich; allein das aufgestellte Kriterium wird dadurch nicht gefährdet. Denn die Beobachtung erscheint nur als ein unentbehrlicher Vorläufer der präventiven und repressiven Thätigkeit, — die Entdeckung*) zum Theil als eine, auf specielle Zwecke gerichtete Beobachtung, zum Theil allerdings wieder als Machtäußerung. (Vorläufiges Verhör, Beschlagnahme, Verhaftung u. s. w.)

Dieses specifische Element der Machtäußerung im Polizeibegriff zur Geltung gebracht zu haben, ist ein Verdienst Z's.**) Zugleich leidet aber seine Begriffsbestimmung an den oben schon angedeuteten Fehlern, die wir nicht ins Einzelne verfolgen.

Betrachtet man Recht und Wohlfahrt als die beiden Endzwecke aller Staatsinstitutionen — ein Satz, auf dessen Begründung hier nicht zurückgegangen werden kann***), so ergibt sich mit Rücksicht auf jene charakteristische Eigenthümlichkeit der Polizeigewalt folgende Gliederung:

Der Justiz gegenüber steht die Sorge für das Gemeinwohl.

---

*) D. h. die gerichtliche Polizei. Leitfaden. S. 94.

*) Schärfer hervorgehoben und durchgeführt findet man es bei Bluntschli, allgem. Staatsrecht VII. Buch, VIII. Cap., besonders in der II. Aufl. dieses Werkes. Vgl. ferner meine Blätter für administrative Praxis V. S. 24, 27. Dieselbe Auffassung scheint bei der Definition Roscher's (Volkswirthschaft I. §. 17) zu Grunde zu liegen.

***) Vgl. Zachariä a. a. O., Bluntschli a. a. O. I. Buch, V. Cap. — Der Beruf der Staatsgewalt, für das Gemeinwohl zu sorgen, wird in jeder Entwicklungsperiode auf andere Art aufgefaßt und erfüllt, mißbraucht oder vernachlässigt. Wenn die Sorge für das Gemeinwohl durch Anwendung der Staatsmacht Polizei ist, so fällt der schlechteste, wie der beste Gebrauch dieser Macht unter den aufgestellten Begriff. Die Verordnungen des vorigen Jahrhunderts, die den industriellen Fortschritt durch Androhung schwerer Leibesstrafen befördern wollten, waren Polizei-Verordnungen, wenn gleich nach heutiger Ansicht schlechte. — Manche verwenden eine seltsame und fruchtlose Bemühung darauf, den Begriff der Polizei durch Definitionen einer guten Polizei zu ersetzen. Ebensowohl könnte man versuchen, in die Definition der Rechtspflege alle Eigenschaften einer guten Justiz aufzunehmen.

Diese äußert sich als polizeiliche Thätigkeit, wo die Staatsgewalt ihre gebietende und zwingende Autorität ausübt, — als pflegende Thätigkeit wo sie ihren Zweck verfolgt, indem sie anregt, belehrt, schirmende und fördernde Veranstaltungen ohne Machtanwendung entweder unmittelbar trifft oder hervorruft und unterstützt. So steht also neben der Justiz die Wohlfahrtssorge mit der Theilung in Polizei und Pflege.

In der Staatsthätigkeit für das Gemeinwohl lassen sich vier Hauptrichtungen unterscheiden: Sorge für die Existenz und Sicherheit des Staates, für die Existenz und Sicherheit der Individuen, für die Volkswirthschaft, für die Cultur. In jeder von diesen Richtungen äußert sich sowohl die polizeiliche als die pflegende Staatsthätigkeit, nur daß die eine bei den zwei ersten, die andere bei den zwei letztern Richtungen vorwiegend in Anspruch genommen wird. Demgemäß ergeben sich für die Polizei die vier Hauptabtheilungen: Staats-, Individual-*), Wirthschafts- und Culturpolizei, welchen vier Hauptabtheilungen der Staatspflege entsprechen**). Ueberwiegend sind einerseits die Staats- und Individual-Polizei, anderseits die Wirthschafts- und Cultur-Pflege.

Die aufgestellte Begriffsbestimmung schneidet das polizeiliche Gebiet, wie es in der einen Art von den Schriftstellern der ersten Classe, in der andern von jenen der zweiten Classe abgegränzt worden ist, mitten durch. Sie scheidet vieles aus, was von Mohl, Zachariä, Stahl der Polizei überwiesen wird, und nimmt vieles in Anspruch was ihr von Rau, Funke u. a. abgesprochen ist. Sie steht dagegen wesentlich in Einklang mit den Anschauungen und Einrichtungen des wirklichen Lebens, die von der Wissenschaft ohne innern Grund verläugnet worden sind.

Bei Mohl erscheint das gesammte Unterrichtswesen, die Armenpflege, die Ordnung der Gewerbe-, Handels- und landwirthschaftlichen Angelegenheiten, der Straßenbau u. s. w. ohne Unter-

*) Diese beiden Functionen, zusammengenommen mit den correspondirenden Zweigen der Staatspflege sind das, was von Rau und andern „Sicherheitspolizei" genannt wird.

**) Vgl. über diese Gliederung Bluntschli a. a. O. II. Aufl. II S. 178 ff.

schied als polizeiliche Angelegenheit. Postbeamte, Baubeamte, Schullehrer und Universitätslehrer sind ihm Polizeibeamte (I. S. 468, II. S. 549); die Besorgung eines Briefpakets, die Reparatur einer Brücke, die Vertheilung von öffentlichem Almosen, die Vorträge an einer Lehranstalt sind polizeiliche Verrichtungen. Niemand wird läugnen, daß diese Auffassung in schneidendem Widerspruch steht sowohl mit festgewurzelten Volksbegriffen, als mit der bestehenden Organisation der Staatsanstalten. Aber kaum weniger schroff ist der Widerspruch, wenn man mit Rau alles was der öffentlichen Sicherheit dient, ohne Unterschied zur Polizei, alles was im Interesse der Cultur und Volkswirthschaft geschieht, auf andere Gebiete verweist*). Wenn obrigkeitliche Verbote zur Erhaltung des öffentlichen Anstandes erlassen und gehandhabt, wenn Eltern mit Zwang angehalten werden ihre Kinder zur Schule zu schicken, wenn es sich um die Anwendung von Zwangsmaßregeln zur Sicherung wohlfeiler Getreidepreise, oder zur Erhaltung der Landstraßen in gutem Zustande handelt, so zweifelt niemand — außer unsern gelehrten Theoretikern — daß das polizeiliche Maßregeln seyen (gute oder schlechte), und von den Polizeibehörden des Staates gehen sie aus. Umgekehrt erkennt niemand in den Vorkehrungen eines Eisenbahn- oder Bauamtes, das zur Abwendung von Unglücksfällen Barrièren und Brückengeländer herstellt, den Arm der Polizei. Die Polizei veranlaßt nöthigenfalls und befiehlt solche Vorkehrungen, aber sie zu treffen liegt nicht in ihrem, sondern in dem Wirkungskreis der genannten Pflegämter. Auch hier collidirt die Theorie Rau's, der jede Art staatlicher Sorge für die Sicherheit der Individuen zur Polizei verweist, und so den Begriff nach einer Seite enger, nach der andern weiter faßt als im Leben und in den bestehenden Institutionen geschieht.

Betrachtet man die Organisation der unteren Verwaltungsbehörden, deren Grundzüge in den meisten oder allen deutschen Staaten übereinstimmen, so findet man, daß sie wesentlich auf der erörterten Unterscheidung von Polizei und Pflege beruht. Jeder

*) Es ist für unseren Zweck unnöthig, auf die Schattirungen einzugehen, die auch in den Ansichten der zur gleichen Classe gehörigen Schriftsteller, z. B. bei Rau und Funke, sich finden.

Bezirk hat seine Polizeibehörde und neben dieser eine Anzahl von Pflegämtern: Bau-, Post-, Forstbehörden *), Schulbehörden, Armenpflegen u. s. w. Den letzteren Organen ist keineswegs alle staatliche Thätigkeit anvertraut, die auf ihren besonderen Verwaltungszweig Bezug hat; vielmehr tritt überall, wo mit Befehl oder Verbot und Zwang ein Zweck erreicht werden soll, jenes Bezirksamt ein. Es ist die centralisirte Bau-, Post- und Forst-, Schul- und Armen-Polizeibehörde des Districtes, und nur singulärer Weise wird aus Zweckmäßigkeitsgründen den einzelnen Pflegämtern auch die eine oder andere polizeiliche Befugniß delegirt. Eine ganz andere Organisation setzen die Theorien von Mohl und von Rau voraus. Der erstere, der neben Polizei und Justiz kein Drittes kennt **), müßte consequent verlangen, entweder daß alle jene Functionen der Bau-, Post-, Schulämter u. s. w. in der einen Polizeibehörde concentrirt, oder daß für die einzelnen Zweige gesonderte Behörden geschaffen werden, deren jede die Polizei und Pflege in ihrer Hand vereinigt. Der Baubeamte und Schullehrer würde zugleich als Bau- und Schulpolizeibeamter in Thätigkeit treten; die jetzigen Polizeibehörden wären auf den Rest der Functionen angewiesen, für die ein gesondertes Organ nicht bestellt ist. Aehnlich müßte nach Rau, welcher Sicherheits-, Volkswirthschafts- und Culturſorge ohne Rücksicht auf die polizeiliche und pflegende Thätigkeit unterscheidet, den wirthschaftlichen und Culturbehörden auch die Polizei ihres Gebietes, dagegen den Polizeibehörden ausschließlich die Sorge für öffentliche Sicherheit übertragen werden, und zwar letzteres in der Art, daß auch die pflegamtliche Seite der Sicherheitsanstalten nach dem oben gegebenen Beispiel dem Polizeiamt zufiele. —

*) Diese sind mehr oder weniger zugleich — wie die Rentämter, Zollämter ꝛc. ganz — für den Staatsfinanzdienst verwendet, der bei unserer Erörterung nicht in Betracht kommt.

**) Auch hier abgesehen von der „Präventivjustiz", für deren Verwaltung M. getrennte Justizbehörden fordert, und zwar eigene Behörden für die freiwillige Gerichtsbarkeit, eigene wieder für die übrigen Präventivjustizgeschäfte (III. S. 374), neben diesen aber die echten Polizeibehörden. (Vgl. die folgende Note.) Nimmt man nun an, M. verstünde sich zu einer Verschmelzung der Polizei- und Präventivjustiz (ohne die freiwillige Gerichtsbarkeit), so würde er auf dem im Text bezeichneten Standpunkt stehen.

Allerdings sind Mohl und Rau gleich weit entfernt, solche Consequenzen, deren Unausführbarkeit einleuchtet, wirklich zu ziehen. *)

Welche inneren Gründe sprechen aber für diese Unterscheidung zwischen Polizei und Pflege, die vorerst nur die Anschauungen des Volks und die Einrichtungen des Staats — allerdings schon zwei gewichtige Autoritäten — für sich hat?

Prüft man die Natur der Functionen, gegen deren Verweisung ins polizeiliche Gebiet das Leben sich sträubt **), vergleicht man dieselben mit anderen unbestritten der Polizei angehörigen Thätigkeiten, so ergibt sich eine durchgreifende Verschiedenheit, die bedeutend genug ist um jenes Sträuben zu rechtfertigen. Sie liegt darin, daß alle die pfleglichen Verrichtungen, die bei Mohl als polizeiliche behandelt werden — Briefbeförderung, Brückenbau, Almosenvertheilung, Schulunterricht u. s. w. — gar nicht wesentlich und mit Nothwendigkeit Handlungen der Staatsgewalt sind. Wirklich sehen wir auch, wie dieselben Dinge vielfach in gleicher Weise von einzelnen Privatpersonen, von Genossenschaften, Gemeinden und anderen Corporationen, oder in deren Auftrag, ohne Zuthun des Staates verrichtet werden. Allerdings kann die Ordnung der Verkehrsmittel, des Armenwesens, des Unterrichts keineswegs ihrem ganzen Umfange nach Privatsache seyn. So weit auch die Freiheit und die Selbstthätigkeit der Einzelnen gehen mag — sehr häufig ist die Staatsgewalt veranlaßt, durch Anwendung der ihr allein zukommenden Autorität und Macht jene Thätigkeit zu unterstützen, zu ergänzen, zu corrigiren. Niemand

*) Mohl fügt sich aus Zweckmäßigkeitsgründen in die bestehende Einrichtung, obwohl sie nicht streng logisch sey und in die sonstige regelmäßige Anordnung der Staatsbehörden Störung bringe (II. S. 549). Das wahrhaft Zweckmäßige kann aber kaum unlogisch seyn. Von der Unterscheidung zwischen Polizei und Pflege ausgehend, erkennt man denn auch, daß die Einrichtung, so weit sie sich consequent durchgeführt findet, zweckmäßig und streng logisch ist.

**) Dieß gilt zunächst der Theorie Mohl's, die den Begriff, abgesehen von ihrer Ausscheidung der Präventivjustiz, zu weit faßt, während bei den Schriftstellern der zweiten Classe der entgegengesetzte Einwurf, auf den wir unten zurückkommen, in den Vordergrund tritt. Aber auch sie gehen anderseits, wie sich gezeigt hat, in einigen Punkten zu weit. Beides hat seinen Grund in der Vermischung des Gegensatzes von Polizei und Pflege.

verkennt den gebietenden Arm der Staatsgewalt, wenn eine Gemeinde mit Zwang angehalten wird, ihre baufälligen Brücken auszubessern, oder ein Familienvater, seine Kinder zur Schule zu schicken, oder ein Almosenempfänger, in öffentlichen Beschäftigungsanstalten Arbeit zu suchen. Ein solches Eingreifen der öffentlichen Gewalt, das auf der ausschließlichen Machtvollkommenheit des Staates beruht, ist aber unstreitig im innersten Grund verschieden von einem anderen Handeln derselben Gewalt, worin jedes Individuum versuchen kann mit dem Staate zu wetteifern.

Daraus ergibt sich die Trennung von Polizei und Pflege. Sie ist logisch berechtigt, weil man nicht wohl thut, die mindest staatliche Thätigkeit unter einem Ausdruck zu begreifen, dessen Wortbedeutung auf vorzugsweise staatliche Thätigkeit hinweist *). Sie ist berechtigt, wenn man auf den Organismus des Staates sieht und in ihm den Eintheilungsgrund sucht; denn wie man sich auch diesen Organismus denken mag, in keinem Fall kann die meist und die mindest staatliche Thätigkeit ein und demselben Organ zugeschrieben werden. Sie ist demzufolge auch von durchgreifender praktischer Bedeutung. Das wechselseitige Verhältniß der Staatsgewalten, die Gliederung der Behörden, das Verständniß ihrer Aufgabe und Stellung leidet unter der Vermischung beider Functionen. Es ist wichtig, im Auge zu behalten, daß die Pflege sich der Polizei als der staatlich höheren Thätigkeit unterordnen muß, daß die Verwaltung der Polizei andere Fähigkeiten und eine andere Vorbildung erfordert, daß die Sonderung der Behörden, wie sie sich in den bestehenden Staatseinrichtungen findet, nicht auf Willkür oder secundären Zweckmäßigkeitsrücksichten, sondern im wesentlichen auf einem unwandelbaren Princip beruht, und daß von demselben Princip die weitere Entwicklung der Behördenorganisation ausgehen muß. Die scharfe Scheidung von Polizei und Pflege trägt endlich dazu bei, das Umsichgreifen der Bureaukratie zu ermäßigen. Dieses Uebel, das seinen natürlichen Sitz in den Organen der staatlichen Macht, vor allem also der Polizei hat, pflanzt sich um so leichter

*) Πολιτεία bedeutet entweder, wie bei den Alten, das gesammte Staatswesen, oder wie bei den Neueren, einen einzelnen Zweig desselben, der dann aber auch ein specifisch staatlicher seyn muß.

und vollständiger auch auf die Behörden der Cultur- und Wirthschaftspflege fort, je weniger in den letzteren das Bewußtseyn ihrer ganz anderartigen Stellung lebendig ist. Ueber bureaukratische Behandlung der Armenpflege, des Post- und Eisenbahndienstes u. s. w. wird schon vielfach Klage geführt. Dazu würde weniger Anlaß gegeben seyn, wenn diesen Behörden das Bewußtseyn eingeprägt wäre, daß sie an dem Beruf, die Autorität und Macht des Staates zu repräsentiren, keinen Theil haben, und daß ihre natürliche Stellung sie dem Privatleben weit näher bringt, als dem wirklichen Staatsdienst. Allerdings wird die falsche Auffassung zunächst durch den Staat selbst hervorgerufen und erhalten, der diese Beamten in Bezug auf Rang und äußere Auszeichnung, auf den Schutz der Amtsehre, überhaupt auf alle dienstlichen Verhältnisse, den wirklichen Staatsbeamten gleichstellt. Aber eben diesen Mißgriffen und den Folgen derselben durch scharfe Scheidung des Verschiedenartigen entgegenzuwirken, ist eine Aufgabe der Wissenschaft.

Was hier für die Durchführung des aufgestellten Gegensatzes gesagt worden ist, gilt auch gegenüber den Schriftstellern der zweiten Classe, deren Theorie sich vorzugsweise, obwohl nicht ausschließlich, dadurch charakterisirt, daß sie das ganze Gebiet der Volkswirthschaft und Cultur ohne Unterscheidung zwischen pflegender und polizeilicher Thätigkeit der Polizei entzieht. Diese Beschränkung widerstrebt, eben so wie die zuvor besprochene ungebührliche Erweiterung, dem organischen Begriff, gewährt ebensowenig ein ausführbares Princip für die Behördenorganisation, begünstigt gleichfalls das Umsichgreifen der Bureaukratie, indem sie jenen specifischen Unterschied nicht anerkennt. Ueberdieß ist die Unterscheidung von behütender und fördernder Thätigkeit, die sie an dessen Stelle setzt, die namentlich bei Funke zur Abgränzung des Polizeibegriffs verwendet wird, praktisch unhaltbar. Sie ist dieß namentlich im Bereich der volkswirthschaftlichen Sorge, weil hier in der Concurrenz mit anderen Ländern fast jeder unterbliebene Fortschritt die unmittelbare Wirkung eines Rückschritts hat, weil also fast in jeder volkswirthschaftlichen Maßregel jene zwei Richtungen untrennbar verbunden sind *).

*) So rechnet z. B. Funke die Herstellung von Straßen „zur Beseitigung der dem Verkehr entgegentretenden Hemmnisse" unter die

Zwei Hauptdifferenzpunkte zwischen den Werken von Mohl und Zimmermann sind in dieser Erörterung zur Sprache gekommen, der eine den Grundbegriff, der andere die Methode der Darstellung berührend. Das Ergebniß, mit kurzen Worten nochmals zusammengefaßt, war folgendes:

1) Es ist ein Fortschritt des neueren Werkes, daß hier, wenn auch in sehr unvollkommener Art, die pflegende Staatsthätigkeit vom Gebiete der Polizei ausgeschieden wird.

2) Es ist gleichfalls ein Fortschritt, daß die umfassende Darstellung der polizeilichen Organisation aufgenommen, und daß die Art der polizeilichen Thätigkeit, nach ihren charakteristischen Functionen unterschieden, einer gesonderten Betrachtung unterworfen wird. Es ist dagegen ein verwerflicher Rückschritt, daß Z. in dieser Darstellung der Functionen die des Objectes verschwinden läßt, anstatt sie mit der letzteren in untergeordnete Verbindung zu bringen. —

Noch ist die Frage nahe gelegt: wenn wirklich die Trennung von Polizei und Pflege als eine begründete Forderung anerkannt wird, — in welcher staatswissenschaftlichen Disciplin soll dann die letztere, die sich bei M. noch mit der Polizei vereinigt findet, ihre Darstellung erhalten?

Es sind drei Behandlungsarten möglich, von denen keine den

„verhütenden" polizeilichen Functionen, dagegen den Straßenbau zum Behuf des „thunlichst schnellen Fortkommens" unter die „fördernden" Functionen der Regierungsgewalt im engeren Sinn; eben so die Errichtung von Volksschulen zu den Geschäften der Verhütung, dagegen die von Gewerbschulen zu den Geschäften der Förderung. (Rechtslexikon IX. S. 185, 203 vgl. mit S. 193.) Und diese haarspaltenden Distinctionen sind doch noch lange nicht subtil genug. Die nämliche Gewerbschule, die vor zwanzig Jahren als ein förderndes Hülfsmittel des höheren Aufschwungs betrachtet werden mochte, ist heute, gegenüber dem allgemeinen industriellen Fortschritt, vielleicht nur eine schwache Stütze zur Bewahrung vor dem tiefsten Verfall des Gewerbs. Dann aber sind wieder die einzelnen Unterrichtszweige einer solchen Anstalt zu unterscheiden: der eine dient dem gröbsten Bedürfnisse, der andere den Ansprüchen auf verfeinerte Ausbildung, so daß dieses Lehrfach als Polizeisache, jenes als Regierungssache erscheinen würde u. s. w.

Anspruch auf ausschließliche Berechtigung hat: Ein System der gesammten Staatswohlfahrtssorge kann jene beiden Hauptbestandtheile umfassen, indem es sich zunächst mit den allgemeinen Grundsätzen der Polizei, dann der Pflege beschäftigt, und von da zu den speciellen Aufgaben übergeht:

Staatspolizei.	Individualpolizei.	Culturpflege.	Wirthschaftspflege.
Pflege.	Pflege.	Polizei.	Polizei.

Diese Darstellung selbst läßt sich wieder denken als ein abgeschlossenes Ganzes oder als Theil eines Systems der gesammten Staatsverwaltung.

Es ist ferner möglich, der Polizei einerseits, der Pflege anderseits, abgesonderte Darstellungen zu widmen. In diesem Fall gibt die Darstellung der Polizeiwissenschaft allen fremdartigen Stoff ab; sie überläßt insbesondere den Lehrbüchern der Staatspflege die Erörterung der Fragen, ob und in wie weit ein Eingreifen der pflegenden Staatsthätigkeit überhaupt erforderlich, ob es z. B. angemessen sey, Staatseisenbahnen zu bauen, Armen- oder Versicherungsanstalten von Staatswegen zu begründen; — ferner wie die Verwaltung solcher Anstalten und ihr innerer Betrieb zu ordnen, wie eine Feuerversicherung aufs zweckmäßigste einzurichten, die ökonomisch und sittlich wirksamste Armenunterstützung zu organisiren sey u. s. w. Hiebei ergibt sich von selbst die Gränzregulirung zwischen den Lehrbüchern der Polizeiwissenschaft und der Nationalökonomie, die gegenwärtig große Gebietstheile rivalisirend besetzt halten und anbauen, so daß z. B. Rau's „Volkswirthschaftspolitik" zur guten Hälfte denselben Gegenständen gewidmet ist, die Mohl in seiner „Polizeiwissenschaft" abhandelt.

Möglich ist drittens die selbständige Darstellung von einzelnen Zweigen der Wohlfahrtssorge, wobei entweder die pflegende Staatsthätigkeit allein, oder diese in Verbindung mit der polizeilichen behandelt wird. Hiezu eignet sich vorzüglich die Volkswirthschaftssorge wegen der Reichhaltigkeit des Stoffes und ihres engen Zusammenhangs mit der allgemeinen Wirthschaftslehre. Solche Systeme der Volkswirthschaftspolitik, die Polizei und Pflege umfassen, ohne jedoch diese Classification ihres Inhalts anzuerkennen, sind bei den neueren Nationalökonomen zur Regel geworden. Vernachlässigt wird dagegen die selbständige Darstellung der Culturpflege und Culturpolizei, während eine wichtige Specialität dieses Ge-

bietes, das Armenwesen *), seine eigene ausgedehnte Literatur erhalten hat.

---

*) Die hieher gehörigen größeren Werke findet man zusammengestellt bei Mohl I. S. 319 und im I. Band des „Deutschen Staatswörterbuchs" S. 419. Dazu kommen noch zahlreiche Monographien über einzelne Materien, und in Zeitschriften zerstreute Abhandlungen. — Außerdem hat noch die Medicinalpolizei in neueren Werken eine mehr oder minder ausführliche, auf die Fortschritte in den Naturwissenschaften Rücksicht nehmende Behandlung gefunden. Dahin gehören insbesondere: Die medicinische Polizei-Wissenschaft, theoretisch und praktisch dargestellt von Dr. Carl Vogel. Jena. 1853. 8. 196 S.; Handbuch der medicinischen Polizei. Nach den Grundsätzen des Rechtsstaates, zu akademischen Vorlesungen und zum Selbstunterrichte für Aerzte und Juristen von Dr. J. H. Schürmayer, großh. bad. Med.-Rath ꝛc. 2. Aufl. Erlangen 1856. 8. 514 S.

K. Brater.

IV.

Die Grundzüge der preußischen Hypothekarverfassung und deren Umsturz durch die neuere Rechtswissenschaft. Von Otto Plathner, königl. preuß. Appellationsgerichtsrath. Breslau 1856. (32 S.)

Die vorliegende Schrift ist zwar nur von geringem Umfang, betrifft aber einen Gegenstand von solcher Wichtigkeit, und vertheidigt in Ansehung desselben eine von der in der preußischen Jurisprudenz bisher herrschenden Ansicht so wesentlich abweichende Meinung, daß Referent von derselben gern Veranlassung nimmt, die darin behandelte Frage einer ausführlichen Erörterung zu unterziehen.

Die Wichtigkeit des Grundeigenthums, das selbst in unserer geschäftsbewegten Zeit doch immer die Hauptgrundlage des Volksvermögens bildet, macht es wünschenswerth, daß der Erwerb desselben durch eine gewisse Oeffentlichkeit sicher gestellt werde. Diesen Zweck erfüllten zu ihrer Zeit beim römischen Volke die quiritischen Uebertragungsformen, Mancipatio und In jure cessio, beide gleichsam eine Auflassung, jene vor einer Repräsentation der Volksgemeinde, diese vor Gericht. Aber nach der Erweiterung des römischen Staatsgebiets verloren sie von selbst diese Bedeutung größtentheils, und als eigenthümlich römische Formen vermochten sie sich gegenüber dem Einfluß des ius gentium und bei der überwiegenden Wichtigkeit des Provincial-Grundbesitzes, auf den sie keine Anwendung fanden, nicht zu behaupten, und so wurde es im neueren römischen Recht Regel, daß das Eigenthum an Grundstücken überall eben so wohl wie an beweglichen Sachen durch

bloße Uebergabe des Besitzes (Tradition) mit vollkommener Wirksamkeit übertragen werde. Im germanischen Rechte aber finden wir jene altrömische Oeffentlichkeit der Uebertragung des Grundeigenthums in anderer zwar, aber doch nahe verwandter Form wieder. Die Uebertragung geschah durch feierliche Erklärung im Gericht (gerichtliche Auflassung, Sala oder Salung) oder mindestens vor freien Zeugen, die man auch hier wohl als Vertreter der Volksgemeinde ansehen mag. Im mittleren deutschen Recht war das erste der allgemeine Gebrauch; echtes (freies) Eigen von Grundstücken mußte im freien Volksgericht (Echteding) aufgelassen werden; nach dem Sachsenspiegel „ane echte Ding ne mut nieman sin egen geven." Mit der gerichtlichen Auflassung nun pflegte man bald eine schriftliche Beurkundung zu verbinden; später aber wurde es an vielen Orten gebräuchlich, die Eigenthumsänderungen in Grund- oder Lagerbüchern einzutragen, welche den ganzen Grundbesitzstand je eines Bezirkes evident zu halten bestimmt waren; und diese Eintragung betrachtete man nun wohl als die hauptsächlichste und entscheidende Form der Eigenthumsübertragung. Es fehlte jedoch noch meistens sowohl an einer diesem Zweck vollständig entsprechenden Ausbildung jener Einrichtung als an genauer Entwickelung der darauf bezüglichen Rechtsgrundsätze, besonders in Ansehung der Folgen unterlassener Auflassung oder Eintragung, als das römische Recht in Deutschland Eingang fand. Nunmehr wurde es gemeinrechtliche Theorie, daß das Eigenthum an Grundstücken wie an beweglichen Sachen durch Besitzübergabe übertragen werde. Aber dieser gemeinrechtlichen Theorie gegenüber erhielten oder bildeten sich an vielen Orten particularrechtlich abweichende Grundsätze und Einrichtungen, welche mehr oder weniger dem ältern deutschen Recht verwandt waren oder daran wieder anknüpften, freilich mit vielfachen Abweichungen, die zum Theil aus mißverständlicher Auffassung hervorgingen (Beseler, deutsches Privatrecht II. §. 88. 89). Ein praktisches Bedürfniß besonders dringender Natur forderte indessen die Gesetzgebung gebieterisch auf, mit entscheidenden Maßnahmen einzugreifen. Es war dieß die Nothwendigkeit, dem Realcredit eine gesicherte Grundlage zu geben. In dieser Beziehung nun macht die preußische Hypothekenordnung vom Jahre 1783 Epoche, und hat einer Reihe von andern deutschen Gesetzen mehr oder weniger zum Vorbild und zur Nachahmung

gedient. Indem dieselbe dem Gläubiger volle Sicherheit gewähren wollte, daß er der Hypothek, welche von dem im öffentlichen Buche eingetragenen Eigenthümer bestellt und mit dessen Bewilligung ebenfalls eingetragen wurde, vertrauen könne, führte sie natürlicherweise auch Bestimmungen herbei, welche auf das Eigenthumsverhältniß selbst einwirkten und wenigstens die volle Wirkung der Eigenthumsübertragung ebenfalls durch die Eintragung in das öffentliche Buch bedingten.

Die Gesetzgebung kann in dieser Absicht zwei Wege einschlagen, welche beide, wenn auch in verschiedener Weise, zu dem vorgesetzten Ziele hinführen. Der eine Weg ist einfach zu bestimmen: die Uebertragung des Eigenthums von Grundstücken kann nur durch den Eintrag in das öffentliche Buch bewirkt werden, oder noch allgemeiner: zum Erwerb dieses Eigenthums ist überall solcher Eintrag erforderlich, und Eigenthümer eines Grundstücks ist nur derjenige, welcher als solcher eingetragen ist. Dieß scheint der ebenste und sicherste Weg zum Ziele zu seyn. Aber man wäre in großem Irrthum befangen, wenn man glaubte, mit dieser einfachen Bestimmung allein auszureichen und alle Fragen und Schwierigkeiten gelöst zu haben. Es fragt sich nämlich: was ist denn nun Rechtens, wenn der Eigenthümer in der Absicht der Eigenthumsübertragung aus rechtmäßigem Grunde einem andern das Grundstück vollständig übergeben hat und nur die Eintragung nicht vollzogen ist? Die Consequenz ergibt: Eigenthümer bleibt immer noch der eingetragene Tradent; der noch nicht eingetragene neue Besitzer ist nicht Eigenthümer, und kann also auch keinem andern Eigenthum übertragen. Aber für einen redlichen Besitzer muß man ihn doch gelten lassen, obgleich er weiß oder wissen müßte, daß er nicht Eigenthümer ist. Besitzt er doch mit dem Willen des Eigenthümers. Und kann wohl dem Tradenten gegen ihn eine wirksame Vindication eingeräumt werden? Gewiß nicht: wenigstens wäre es ganz zuwider der Billigkeit, welche den römischen Prätor bestimmte, gegen die Vindication des Eigenthümers, welcher eine res mancipi durch bloße Tradition veräußert hatte, die exceptio rei venditae et traditae zu gewähren. Wenn nun ferner ein dritter unberechtigt in den Besitz des Grundstücks gekommen ist, so kann man nicht zweifelhaft seyn, dem Erwerber gegen diesen auch eine wirksame dingliche Klage zu geben, wenngleich er noch nicht Eigenthum

erworben hatte. Es läßt sich eine solche Klage in doppelter Weise construiren. Sein Auctor ist ihm zwar nicht verpflichtet, die bereits übergebene Sache ihm wieder zu verschaffen; wohl aber kann man ihn verpflichtet halten, soferne nämlich der Tradition überhaupt ein verpflichtendes Veräußerungsgeschäft vorausging, ihm ohne eigenen Nachtheil das Mittel zu gewähren, sich die Sache selbst wieder zu verschaffen. Ein solches Mittel wäre die Cession der Eigenthumsklage die dem Tradenten als noch eingetragenem Eigenthümer eigentlich allein noch zusteht. Und so läge es nun, nach Analogie bekannter Rechtssätze, nahe, jenem auch sofort eine utilis rei vindicatio einzuräumen, welcher der Dritte den Einwand, daß der Kläger wegen mangelnder Eintragung noch nicht Eigenthümer geworden sey, nicht mit Erfolg entgegensetzen könnte. Aber ein anderer Ausweg liegt noch näher. Man gibt dem redlichen Besitzerwerber ohnehin eine wirksame dingliche Klage gegen jeden dritten minderberechtigten Besitzer, die römischrechtliche Publiciana in rem actio. Als minderberechtigt ist aber unbedenklich auch derjenige anzusehen, der zwar auch redlicher Weise, aber nicht, wie der Kläger, vom wahren Eigenthümer seinen Erwerb ableitet, ja selbst derjenige, dem zwar auch, wie dem Kläger, derselbe wahre Eigenthümer, aber später als diesem den Besitz übertragen hat (Vgl. L. 9. §. 4. D. de Publ. act. L. 31. §. 2. D. de actio emti.), vorausgesetzt nur, daß jener noch nicht durch rechtmäßig erlangte Eintragung vollkommenes Eigenthum gewonnen hat. Daß ferner auch gegen den Auctor selbst und dessen Erben die Klage mit Erfolg stattfinde, wenn diese wieder in den Besitz gekommen sind, wird ebenfalls ohne Anstand zugegeben werden, nach Analogie des römischen Rechts, welches die exceptio dominii gegen die Publiciana actio in einem ähnlichen Falle durch replicatio rei venditae et traditae ausschloß; und zwar hat dieß bezüglich der Erben selbst dann kein Bedenken, wenn sie etwa schon die Eintragung auf ihren Namen erwirkt haben, weil sie als universelle Rechtsnachfolger die aus den obligatorischen Verhältnissen des Erblassers sich ergebenden Einwendungen auch gegen sich müssen gelten lassen. So lange also niemand als Singularsuccessor des ohne Eintrag veräußernden Eigenthümers das Eigenthum durch rechtmäßige Eintragung erworben hat, befindet sich der Erwerber bezüglich des Grundstücks in einer durch Exceptio und dingliche Klage nach

allen Seiten, gleich dem Eigenthümer geschützten Lage; er hat das Grundstück in bonis, nach dem Ausdruck der L. 52. D. de acquir. rer. dom.: „Rem in bonis nostris habere intelligimus quoties possidentes exceptionem, aut amittentes ad recuperandam rem actionem habemus." Consequent ist es sodann in demselben Umfange, wie die Vindication, auch eine (Publiciana) negatoria actio zu Gunsten jenes Erwerbers zuzulassen. Und endlich ist es einem bekannten Rechtsgrundsatz gemäß nicht zu bezweifeln, daß derselbe sein so beschaffenes Recht auch auf einen Rechtsnachfolger übertragen könne. So kommt man also selbst nach einer Gesetzgebung, welche den Eigenthumserwerb an Grundstücken schlechthin von der Eintragung in ein öffentliches Buch oder was dem ähnlich ist, abhängig macht, gewissermaßen unvermeidlich zur Anerkennung eines sogenannten natürlichen Eigenthums, welches dem bonitarischen Eigenthum der Römer ganz nahe verwandt ist. Wenn sich diese in der österreichischen Jurisprudenz noch nicht durchgearbeitet hat, so liegt dieß theils an der Mangelhaftigkeit der betreffenden gesetzlichen Bestimmungen (namentlich des §. 321 vgl. mit §. 372. 1467 — 1470), theils an der Unvollkommenheit der wissenschaftlichen Bearbeitung selbst, welche sich bisher meist nur auf Erläuterung der einzelnen §§. des Gesetzbuches beschränkte, ohne die Rechtsverhältnisse selbst im ganzen nach ihrer inneren lebendigen Gestaltung zu erfassen. Jene Paragraphe geben einer den Wortlaut bloß nach Regeln der Logik zerlegenden Interpretation allerdings einigen Anhalt für die Meinung, daß ohne Intabulation überall nicht einmal ein juristischer Besitz an Grundstücken anzuerkennen sey, demnach auch Ersitzung und publicianische Klage nicht stattfinde: eine Meinung, welche dann freilich mit den Anforderungen des praktischen Lebens in grellen Widerspruch gerathen muß, und das Gesetz materiell in noch höherem Grade als mangelhaft erscheinen läßt. Wenn aber, wie es den Anschein hat (Stubenrauch I. S. 645 fg.), die Ansicht, welche im Gegensatz des bücherlichen Besitzes auch einen Naturalbesitz als Besitz im rechtlichen Sinne anerkennt, die Oberhand behauptet, so muß diese in consequenter Entwickelung auch zur Anerkennung des obengezeichneten Naturaleigenthums führen. Im sächsischen Recht war bisher der Gegensatz von bürgerlichem und natürlichem Eigenthum klar anerkannt; und es ist keineswegs eine Verbesserung, wenn der Entwurf eines

bürgerlichen Gesetzbuchs für Sachsen denselben ausdrücklich ausgemerzt hat. Vielmehr setzt er sich dadurch, wie schon anderwärts nachgewiesen ist (Krit. Ueberschau I. S. 369 fg.), nicht nur mit dem Leben, sondern auch mit sich selbst in Widerspruch, und eigentlich ist es nur eine Selbsttäuschung, wenn er das sogenannte natürliche Eigenthum völlig zu Grabe getragen zu haben glaubt.

Es fragt sich nun noch wie die Wirkung der Eintragung und deren Unterlassung dritten Personen gegenüber zu bestimmen sey? Soll das öffentliche Buch seinen Zweck erfüllen, so muß allerdings derjenige, welcher mit dem als Eigenthümer noch eingetragenen im Vertrauen auf jenes sich in ein Erwerbsgeschäft eingelassen hat, dem nicht eingetragenen Erwerber gegenüber gesichert seyn, und hier ist es, wo sich das bürgerliche (oder bücherliche) Eigenthum als das mächtigere Recht gegenüber dem oben entwickelten natürlichen Eigenthum bewähren muß. So ist es denn auch im österreichischen Recht und dem ihm nachgebildeten sächsischen Entwurf, wie schon im bisherigen sächsischen Recht, anerkannt. Aber dabei entsteht noch die Frage, welchen Einfluß das Wissen des später eingetragenen um den früheren (natürlichen) Erwerb des andern auf die Wirksamkeit seines Rechts ausübe? Der sächsische Entwurf (§. 349) entzieht ihm die Wirksamkeit gegen den andern, wenn jener bei Abschluß des Geschäfts „schon kannte oder vermuthen mußte, daß einem andern aus einem früheren Titel ein Recht auf die Sache zustehe". Und dieses entspricht auch gewiß der Billigkeit, wenngleich gegen die Fassung des §. und Motive dazu etwas einzureden ist (Wächter über den Entwurf S. 70 Anm. 39). Jener §. ist freilich auch materiell getadelt worden, als auf einer Ansicht beruhend, „welche nur einen falschen Schein der Sittlichkeit für sich hat" (Unger über denselben Entwurf S. 198). Er geht allerdings weit, indem er dasselbe Princip, sowohl in Beziehung auf den früher erlangten Besitz bei beweglichen Sachen, als in Beziehung auf den zuerst erwirkten Eintrag bei unbeweglichen Sachen, überall anwendet, wo nur ein dem Erwerber bekannter obligatorischer Anspruch des anderen auf Uebertragung des Eigenthums vorher begründet war. Daß im ersten Fall der erste Besitzerwerber das Eigenthum erlangte, ist nach römischem Recht nicht zu bezweifeln (L. 31. §. 2. D. de act. emti.). Darüber,

ob der spätere Erwerber der Vindication desselben etwa die doli exceptio entgegensetzen könne, spricht sich dasselbe nicht aus. Es kann aber der Fall wohl so beschaffen seyn, daß man nach allgemeinen Grundsätzen kein Bedenken dagegen haben möchte. Gesetzt, der Verkäufer einer Sache, nachdem er den Kaufpreis eingezogen hat, läßt sich mit einem andern, der davon wohl unterrichtet ist, in einen neuen Handel ein und übergibt diesem sofort gegen abermaligen Empfang des Kaufpreises den Besitz der Sache, nur um den ersten Käufer um sein Geld zu betrügen, so daß dieser, bei Zahlungsunfähigkeit des Verkäufers, das leere Nachsehen hat. Gewiß macht sich hier auch der zweite Käufer eines Dolus gegen den ersten schuldig, und es ist wohl kein falscher Schein der Sittlichkeit, der den Richter bewegt deßhalb doli exceptio gegen dessen Vindication zu gewähren; und diese Exceptio könnte man nach L. 4. §. 29. 31. D. de doli mali except. auch gegen den Successor ex causa lucrativa zu gestatten sich wohl berechtigt halten. In dieser Erwägung mag sich nun das Gesetz wohl bestimmt finden, als Regel aufzustellen daß der des bereits begründeten Rechtsanspruches eines andern kundige spätere Käufer oder sonstige Singularsuccessor das erworbene Eigenthum gegen jenen nicht geltend machen könne, wenn gleich es bedenklich scheint, dieß so weit auszudehnen, daß selbst das bloße Vermuthen-Müssen dieselbe Folge haben soll. Erscheint demnach eine solche Bestimmung schon für diesen Fall nicht absolut verwerflich, so sprechen noch stärkere Gründe dafür in Beziehung auf den Fall, wenn in Folge eines gültigen Veräußerungsgeschäfts bereits auch der Besitz des Grundstücks übergeben ist, und nur noch die Eintragung zur vollen Erwerbung des Eigenthums fehlte. Wer dessen kundig mit dem Eigenthümer sich in ein Erwerbsgeschäft eingelassen hat und nunmehr sich beeilt, dem Besitzer in der Eintragung seines Erwerbactes zuvorzukommen, den trifft mit Recht der Vorwurf, daß er doloserweise das bereits halb erworbene Recht (ein natürliches Eigenthum) eines andern zu vereiteln getrachtet habe, und mit gutem Grund kann das Gesetz deßhalb seinem nach strengem Recht gültigen Erwerbe die Wirkung gegen den Betrogenen versagen, nicht um einem falschen Schein der Sittlichkeit nachzugehen, sondern um nicht das wahre Recht der strengen Consequenz einer formellen äußeren Einrichtung zu opfern; wenn es dieß nicht thut,

so kann das Motiv dafür nicht in Rücksichten des materiellen Rechts, ja nicht einmal im Interesse der Sicherheit der öffentlichen Bücher gesucht werden, da diese nicht wesentlich gefährdet wird, wenn das Vertrauen auf dieselben demjenigen, der den wahren Sachverhalt kennt und deren formelle Bedeutung nur zu einem unrechtlichen Gewinn benutzen will, nicht hilft; es kann nur etwa durch die politische Erwägung gerechtfertigt werden, daß auf solche Weise jedermann zur Beschleunigung der Anmeldung gedrängt und so die Sache selbst auf Kosten des wahren Rechts vereinfacht werde. Nicht unwahrscheinlich ist es, daß auch bei den Römern zu einer Zeit, wo die Mancipatio noch den Zweck der Publicität des Erwerbacts in gewissem Grad erfüllt, die exceptio rei vinditae et traditae oder exceptio doli zuerst nur gegen den Veräußerer selbst und dessen Erben, dann vielleicht nur gegen den in bösem Glauben befindlichen Singularsuccessor, und zuletzt erst gegen jeden Singularsuccessor, auch denjenigen, der von der formlosen Veräußerung der res mancipi keine Kunde hatte, zugelassen und so erst allmählich das bonitarische Eigenthum vollendet wurde, wenn gleich ich mich dafür nicht auf den zufälligen Umstand berufen möchte, daß die Stelle, welche jener Exceptio jene weiteste Ausdehnung gibt (L. 3. D. de exceptio rei vend.), von einem der spätesten Juristen, Hermogenianus herrührt. Nimmt man dieß an, so hätte es eine Zeit gegeben, in welcher die römische Eigenthumslehre bezüglich der res mancipi die vollkommenste Parallele des Systems des sächsischen Entwurfes, bezüglich des Eigenthumserwerbs an Grundstücken darbot. Das österreichische Gesetzbuch enthält, über den fraglichen Punkt keine Bestimmung. Der §. 430 spricht in Ansehung beweglicher Sachen nur die Regel des römischen Rechts aus, und der §. 440 macht davon eine ganz consequente Anwendung in Ansehung des Grundeigenthums, bei dem die Einverleibung an die Stelle der Tradition tritt. Eine Beschränkung der Wirkung beider wegen bösen Glaubens könnte man also auch nur aus allgemeinen Grundsätzen herzuleiten oder etwa als indirect im Gesetzbuch anerkannt zu begründen versuchen. Dieser Versuch ist wirklich gemacht worden, hat jedoch entschiedenen Widerspruch gefunden (Stubenrauch zu §. 430 des bürgerlichen Gesetzbuchs). Wenn aber unter anderm entgegnet wird, daß nicht immer arglistig zu Werke gehe, wem die frühere Veräußerung

der Sache an einen andern bekannt war, da er z. B. guten Grund haben konnte zu vermuthen, daß dieser von seinem Recht die Uebergabe (beziehungsweise die Einverleibung) zu fordern abgegangen sey, so liegt darin die Anerkennung, daß denn doch eine Arglist dabei obwalten könne, die arg genug wäre, um die fragliche Folge damit zu verbinden; und namentlich bei dem Erwerb unbeweglicher Güter, wenn man weiß daß der andere deren Besitz schon erhalten hat und noch behauptet, wird der Vorwurf der Unredlichkeit auch durch jene Vermuthung nicht leicht abzuwehren seyn. Wenn ferner nach §. 1500 des Gesetzbuchs das aus der Ersitzung erworbene Recht nur demjenigen nicht zum Nachtheil gereichen soll, welcher im Vertrauen auf die öffentlichen Bücher noch vor der Einverleibung desselben eine Sache oder ein Recht an sich gebracht hat, so liegt darin allerdings deutlich genug angezeigt daß derjenige, welcher das ersessene Recht kannte, als er das Erwerbgeschäft einging, gegen den Ersitzenden sich nicht auf die früher erlangte Einverleibung berufen könne; nicht sein Vertrauen auf die öffentlichen Bücher, nur das Vertrauen auf seine Klugheit ist getäuscht. Nun befindet sich aber derjenige, welcher eine Sache ersessen hat, bevor er die Einverleibung erwirkt, in derselben Lage wie derjenige, welchem der eingetragene Eigenthümer zufolge eines rechtmäßigen Veräußerungsgeschäfts tradirt hat. Wie jener, so dieser kann die Einverleibung fordern, und dadurch das Eigenthum erlangen; bis dahin hat jener wie dieser noch nicht Eigenthum; die Ersitzung hat ihm nur den noch fehlenden Titel zu dessen Erlangung gebracht, kraft dessen er gegen den bisher eingetragenen Eigenthümer freilich auch geschützt ist; sein Besitz hat durch die Ersitzung den Charakter des natürlichen Eigenthums erhalten. Wenn nun nach §. 1500 gegen dieses nicht ankommen kann, wer nicht im Vertrauen auf die öffentlichen Bücher, sondern in Kenntniß des Rechtes des andern die Sache an sich gebracht hat, so scheint es consequent dasselbe auch für den Fall zu behaupten, wenn jemand sofort durch Erwerb vom wahren Eigenthümer in jenes Verhältniß versetzt worden ist, ohne erst der Ersitzung zu bedürfen. Wie man aber auch über diesen Punkt des österr. Rechts denken möge, so viel steht fest daß eine Berücksichtigung des guten Glaubens, wie sie der §. 349 des sächsischen Entwurfs enthält, mit dem Hauptgrundsatz dieser Gesetzbücher über Erwerb des Grundeigenthums wohl vereinbar und in gewissem Umfang gerechtfertigt ist, und daß sich auch

in Folge dessen ein Rechtsverhältniß zur Sache ergeben kann, das alle materiellen Vortheile des Eigenthums gewährend, selbst gegen Singularsuccessoren des eingetragenen Eigenthümers gesichert ist, so lange bis ein neuer Erwerber in gutem Glauben die Eintragung rechtmäßig erlangt hat. Freilich kann sich die Gesetzgebung auch auf den kategorischen Imperativ, der schlechthin die Eintragung fordert, beschränken, die Veräußerung und Besitzübergabe ohne diese für nichtig und völlig wirkungslos erklären. Aber wie wenig solche Imperative im Leben sich bewähren, darüber fehlt es nicht an Erfahrungen.

Der zweite Weg, den die Gesetzgebung einschlagen kann, ist dem Anschein nach der gerade entgegengesetzte. Als Regel wird festgehalten, daß das Eigenthum an Grundstücken, wie an beweglichen Sachen, durch die Uebergabe (traditio ex iusta causa) erworben werde. Aber um das Vertrauen auf die öffentlichen Bücher nicht zu täuschen, wird diesem Eigenthumserwerb gegenüber denjenigen Personen, welche in gutem Glauben von dem darin noch als Eigenthümer Eingetragenen das Eigenthum oder sonst ein Recht an der Sache sich übertragen und durch Eintragung sichern ließen die Wirkung versagt. So wie also dort der Eingetragene wahrer Eigenthümer des Grundstücks ist, sein Eigenthum aber unter gewissen Umständen gegen solche Personen, welche nicht eingetragen sind, nicht geltend gemacht werden kann, so wird hier der Eigenthumserwerb an die Traditio geknüpft, wirkt aber unter Umständen nicht gegen solche Personen, welche als Eigenthümer eingetragen sind. Man kann nun hier das Eigenthum, wenn es durch den Eintrag nach allen Seiten vollkommen gesichert ist, füglich vollkommenes bürgerliches Eigenthum nennen, wodurch sich der Gegensatz des natürlichen Eigenthums von selbst ergibt, sowie andrerseits oben das Recht desjenigen, der noch nicht wahrer Eigenthümer geworden, aber doch einen eigenthumsähnlichen Besitz erworben hat, nicht unpassend als natürliches Eigenthum bezeichnet wurde, wodurch sich sofort der Gegensatz des bürgerlichen Eigenthums ergibt. Und so findet sich denn daß beide Theorien, trotz des entgegengesetzten Ausgangspunktes, einander in der Mitte begegnen. Darin kann uns auch die Bemerkung nicht beirren, daß ein Recht an der Sache, das nicht unbedingt gegen alle wirke und geltend gemacht werden könne, doch nicht wohl als Eigenthum, ein dingliches Recht, aufgefaßt werden könne. Denn etwas ähnliches fin-

det sich auch beim Eigenthum beweglicher Sachen, wo die Gesetzgebung, wie es heutzutage mehr oder weniger der Fall ist, die Vindication derselben beschränkt. Wie z. B. nach §. 367 des österreichischen Gesetzbuchs der Eigenthümer einer beweglichen Sache seines Eigenthums verlustig wird, wenn ein anderer dieselbe redlich in einer Versteigerung erkauft, so verliert man nach obiger Theorie das durch Tradition des wahren Eigenthümers erworbene natürliche Eigenthum eines Grundstücks, wenn ein anderer als Singularsuccessor des ersten rechtmäßig die Eintragung im öffentlichen Buche erlangt. Fragt man aber, welche der beiden juristischen Constructionen des fraglichen Verhältnisses den Vorzug verdiene, so empfiehlt sich unseres Erachtens, insbesondere wenn auch der gute Glaube in obenangedeuteter Weise berücksichtigt wird, die zweite als die einfachere und natürlichere; umsomehr, als sich in der Lehre vom Eigenthum an beweglichen Sachen, wie eben bemerkt wurde, eine Parallele dafür findet. Es fragt sich aber dabei noch, ob die Uebergabe des Besitzes als allgemeines Erforderniß der Eigenthumsübertragung auch bei Grundstücken festzuhalten, und demgemäß zu den Voraussetzungen des Erwerbs vollkommenen Eigenthums durch Eintragung zu rechnen sey, oder ob zufolge eines Erwerbgeschäfts mit dem noch als Eigenthümer Eingetragenen durch wirkliche Eintragung das Eigenthum auch dann erworben seyn solle, wenn der (natürliche) Besitz nicht übertragen worden ist, also auch dann wenn der eingetragene Auctor das Grundstück bereits einem andern in Besitz übergeben hat? Im Interesse der Sicherheit der öffentlichen Bücher und des Grundeigenthums ist wohl das letzte vorzuziehen, umsomehr als es dem modernen Geschäftsverkehr geläufig ist, auch die Besitzübergabe in Abwesenheit der Sache bloß durch Rechtsact zu vollziehen, woraus sich im französischen Recht der Grundsatz, daß der Eigenthumserwerb sofort durch den Vertrag vollendet werde, entwickelt hat, und welchem gemäß der §. 441 des österreichischen Gesetzbuchs positiv ausspricht, daß der neue Eigenthümer sofort in den rechtmäßigen Besitz trete, sobald die Urkunde über das Eigenthumsrecht in das öffentliche Buch eingetragen ist.

Welche Theorie stellt nun das preußische Recht auf?

Von der Eigenthumserwerbung durch Uebertragung handelt das allgemeine Landrecht (Thl. II. Tit. 10) unter der Rubrik „von der mittelbaren Erwerbung des Eigenthums“. Hier ist nach

den Marginalrubriken die Rede: I. „von der mittelbaren Erwerbung überhaupt“, II. „von der mittelbaren Erwerbung des Eigenthums der Grundstücke insonderheit“, III. „von der mittelbaren Erwerbung des Eigenthums an beweglichen Sachen insonderheit“, worauf wieder zwei gemeinschaftliche §§. 24. 25 den Schluß des Titels bilden. Soll nicht die Verfasser des Landrechts der Vorwurf einer durchaus unlogischen Anordnung treffen — was der Ausleger nur im äußersten Falle zugeben darf — so ist anzunehmen daß die §§. 1 — 5 unter I. sowohl auf den Erwerb von Grundstücken als den von beweglichen Sachen sich beziehen. Nun erklärt §. 1. daß die mittelbare Erwerbung des Eigenthums einer Sache außer dem Erwerbtitel die wirkliche Uebergabe erfordere, und §. 3 daß der neue Besitzer das Eigenthum der Sache durch die Uebergabe der Regel nach nur dann erwerbe, wenn der vorige, von welchem der Besitz auf ihn erledigt worden, selbst Eigenthümer gewesen ist (zu der Zeit nämlich, als er die Uebergabe vollzog). Somit ist vorerst anzunehmen: auch das Eigenthum von Grundstücken wird durch Uebergabe erworben, wenn der Uebergebende der wahre Eigenthümer war. Nur soweit die nun folgenden speciellen Bestimmungen damit unvereinbar sind, darf und muß man diesen Satz aufgeben oder beschränken. Der §. 6 verordnet nun daß, wer über ein Grundstück vor Gericht Verfügungen treffen wolle, sein darauf erlangtes Eigenthumsrecht dem Richter der belegenen Sache nachweisen, und im Hypothekenbuch vermerken lassen solle. Dieß setzt unverkennbar voraus, daß jemand das Eigenthum erlangt haben könne, bevor dasselbe eingetragen ist; das erlangte Eigenthum *soll* er eintragen lassen; wie es erlangt seyn könne, ist aus §. 1 u. 3 zu entnehmen: durch Uebergabe. Wollte man etwa einwenden: dieß beziehe sich nur auf den Eigenthümer, der es zur Zeit der Publication des Landrechts war; wer es seitdem erworben, dessen Auctor habe zuvor sein Eigenthum vermerken lassen müssen, weil dieß zur gerichtlichen Verhandlung vorausgesetzt wird; so wäre zu entgegnen daß nach §. 15 eine *gerichtliche* Verhandlung zum Veräußerungsgeschäft nicht erforderlich, auch die Aufnahme durch einen Justizcommissär genügend sey, also immerhin noch seit Publication des Landrechts ein Eigenthümer, ohne eingetragen zu seyn, veräußern konnte. Zudem wird ja nach §. 6 zur gerichtlichen Veräußerungshandlung nur der Eintrag des

Veräußernden vorausgesetzt; der neue Erwerber erlangt dadurch, wenn die Uebergabe hinzukommt, nach §. 1 — 3 das Eigenthumsrecht ohne Eintragung, und bedarf dieser nur, um auch seinerseits wieder gerichtliche Verfügung darüber treffen zu können. Damit stimmt auch der §. 12 überein. Er schreibt vor daß jeder neue Erwerber sein Besitzrecht in das Hypothekenbuch eintragen zu lassen habe (eine Zwangsvorschrift, welche übrigens durch Gesetz vom 31 October 1831 aufgehoben ist). Er setzt also ebenfalls voraus daß jemand das Eigenthum neu erwerben könne, ohne Eintragung (fragt man wie? so ist nach §§. 1 — 3 zu antworten: durch Uebergabe). Daß der §. „das Besitzrecht" nennt, verschlägt nichts; denn darunter ist das Recht zum Besitze (das ius possidendi, nicht das ius possessionis) zu verstehen, und steht dieser Ausdruck mit der im Hypothekenwesen hergebrachten Bezeichnung „Besitztitelberichtigung" in Verbindung; unter dem „neuen Erwerber" ist der Eigenthumserwerber verstanden. So weit thun also die speciellen Bestimmungen dem obigen Satze über Erwerb durch Uebergabe noch keinen Abbruch, bestätigen vielmehr denselben. Jedoch der §. 7. erklärt: „der in das Hypothekenbuch eingetragene Besitzer wird in allen mit einem Dritten über das Grundstück geschlossenen Verhandlungen als der wahre Eigenthümer desselben angesehen". Allein in bestimmten Beziehungen als der wahre Eigenthümer *angesehen werden*, und der wahre Eigenthümer *seyn*, ist nicht einerlei. Nimmt man auch den §. 7. im weitesten Umfange und bezieht ihn daher auch auf Eigenthumserwerbsgeschäfte, so ergibt sich doch aus dem ganzen Zusammenhange der folgenden §§. daß die Verfasser des Landrechts die Möglichkeit voraussetzen: der Eingetragene sey wirklich nicht der wahre Eigenthümer; es könne ein anderer als er das Eigenthum erlangt haben. Nach §. 10 soll derjenige welcher mit dem Eingetragenen, wissend daß dieser nicht der wahre Eigenthümer ist, Verhandlungen schließt, daraus kein Recht gegen den wahren Eigenthümer erwerben. Hat aber mit jenem, nachdem er eingetragen ist, wiederum ein Dritter in gutem Glauben Verhandlungen geschlossen, so muß jener in dieser Verhandlung nach §. 7. als der wahre Eigenthümer *angesehen werden*, und doch *ist* er nach §. 10 unzweifelhaft nicht der wahre Eigenthümer. Dasselbe wird schon durch die Ausdrucksweise der §§. 8 — 11 bestätigt. Wenn

§. 8. sagt: wer mit dem eingetragenen Besitzer Verhandlungen schließe, dessen Befugnisse könne der nicht eingetragene Eigenthümer nicht anfechten; wenn §. 9 „dem nicht eingetragenen Eigenthümer" deßhalb einen Entschädigungsanspruch „gegen den eingetragenen Besitzer" zuspricht; wenn §. 10 demjenigen, der weiß, „daß der eingetragene Besitzer nicht wahrer Eigenthümer sey", die aus §. 7. sonst sich ergebenden Rechte abspricht: so muß man entweder der Fassung dieser §§. einen überflüssigen Mangel an Logik aufbürden, oder man muß anerkennen, daß die Verfasser ein Eigenthum an Grundstücken auch ohne Eintragung im Hypothekenbuche als möglich voraussetzen, dessen Erwerbart denn keine andere als die in den allgemeinen §§. 1 — 5 bestimmte seyn kann. Mit anderen Worten: die Regel daß Eigenthum durch Uebergabe erworben wird, ist durch die folgenden §§. 6 — 12 nicht aufgehoben, sondern nur einer Beschränkung unterworfen, vermöge welcher das bloß durch Uebergabe erworbene Eigenthum als ein in gewisser Beziehung unvollkommenes sich darstellt, solange es nicht durch Eintragung ins Hypothekenbuch gesichert ist.

Es fragt sich nun, wie weit diese Beschränkung sich erstrecke? Die Beantwortung dieser Frage hängt vor allem von der Auslegung der §§. 7 — 9 ab. Der §. 7 spricht von Verhandlungen über das Grundstück mit einem Dritten: welcherlei Verhandlungen sind da gemeint? Bestellung von Hypotheken gewiß; aber auch Einräumung von anderen dinglichen Rechten? aber auch Rechtsgeschäfte, welche die Veräußerung des Eigenthums selbst bezwecken? Die Worte stehen nicht entgegen; im Gegentheil, man müßte sie einschränkend erklären, wenn diese Fälle ausgeschlossen seyn sollten. Zu einer solchen einschränkenden Erklärung liegt aber in dem Zweck und Zusammenhang des Gesetzes keine Nöthigung vor; im Gegentheil, diesem entspricht die den vollen Wortsinn festhaltende Erklärung. Denn Zweck der Gesetzgebung ist ohne Zweifel Beförderung der Gewißheit des Grundeigenthums, Befestigung des Glaubens des Hypothekenbuchs. Damit stimmt es vollkommen überein, wenn auch in Verhandlungen über das Eigenthum der eingetragene Besitzer als der Eigenthümer angesehen wird, und der Dritte, der sich darin einläßt, somit nach §. 8 — 9 vertrauen darf daß die rechtliche Wirkung dieser Verhandlungen nicht aus dem Grunde, weil der eingetragene Besitzer nicht Eigenthümer sey, von einem

andern angefochten werden könne. Dieß wird bestätigt durch §. 18, nach welchem unter verschiedenen Personen, die einen Erwerbtitel erhalten haben, diejenige, deren Titel von dem im Hypothekenbuche eingetragenen Eigenthümer herrührt, den übrigen vorgehen soll. Versteht man unter dem „eingetragenen Eigenthümer" den im Hypothekenbuche als Eigenthümer Eingetragenen, so erkennt dieser §., welcher dem §. 21 über bewegliche Sachen correspondirt, geradezu an, daß der Eingetragene auch rücksichtlich dieses Erwerbgeschäfts zu Gunsten des (in gutem Glauben) Erwerbenden als der wahre Eigenthümer angesehen werde. Versteht man aber darunter den wahren Eigenthümer, der zugleich im Hypothekenbuch eingetragen ist, so ergibt der Zusammenhang mit dem Vorhergehenden nach ungezwungener Auslegung doch die Folgerung, daß nun auch derjenige, welcher von dem Eingetragenen (obwohl nicht wahren Eigenthümer) seinen Erwerbtitel durch ein Geschäft mit diesem erworben hat, denselben Vorrang in Anspruch nehmen könne, als ob dieser der wahre Eigenthümer wäre; dieser wird nach §. 7 als der wahre Eigenthümer angesehen, und jener Vorrang ist eine Befugniß, welche nach §. 8 so wenig der nicht eingetragene Eigenthümer, als der, dessen Recht nur von diesem sich herschreibt, geschweige denn ein anderer, dessen Erwerbtitel von einem nichteingetragenen Nichteigenthümer herrührt, anfechten kann. Also, wir nehmen an: auch in den den Erwerb des Eigenthums betreffenden Verhandlungen mit einem Dritten wird der eingetragene Besitzer nach §. 7. als der wahre Eigenthümer angesehen, und treten sodann die in §. 8 — 9 bestimmten Folgen zu Gunsten des Dritten ein. Daraus ergibt sich weiter: durch Uebergabe des Besitzes (nach §. 1) von Seiten des eingetragenen Besitzers erwirkt der Dritte (ungeachtet des §. 3) in der That das Eigenthum des Grundstücks, wornach sich von selbst versteht daß der bisherige wahre Eigenthümer dasselbe verliert und nur nach §. 9 gegen den bisher eingetragenen Besitzer Schadloshaltung in Anspruch nehmen kann.

Aber, so fragt sich weiter, bedarf es für den Dritten der Uebergabe, damit er Eigenthümer werde? Nach §. 1 sollte man diese Frage bejahen zu müssen glauben: denn dieser §. erfordert allgemein zur mittelbaren Erwerbung des Eigenthums die wirkliche Uebergabe der Sache, und unter II wird nirgend geradezu ausgesprochen daß davon bezüglich der Grundstücke eine Ausnahme statt-

finde. Wäre die Absicht der Gesetzverfasser eine andere, so könnten sie von dem Vorwurfe ungenauer und unklarer Redaction nicht freigesprochen werden. Und dennoch müssen wir die Frage verneinen. Das Eigenthum erwirbt jener auch ohne Uebergabe durch die bloße Eintragung. Dieß ergibt sich aus §. 19, welcher festsetzt, daß unter mehreren, welche ihren Titel insgesammt von dem eingetragenen Eigenthümer haben, demjenigen der Vorzug gebühre, der seinen Titel zuerst in das Hypothekenbuch hat eintragen lassen. „Es gebührt ihm der Vorzug“ — das kann nicht heißen, er könne die Eintragung (nach dem Ausdruck des §. 20) „vorzüglich fordern“, denn eingetragen ist er ja schon; es kann nur dahin gedeutet werden, daß er kraft der zuerst erlangten Eintragung in Ansehung des Rechts an der Sache den übrigen vorgehe, d. h. daß er Eigenthümer geworden sey. Man könnte zwar noch einwenden wollen: um die Eintragung zu erlangen, müsse die wirkliche Uebergabe vorausgegangen seyn, weil ohne diese nach §. 1 Eigenthum nicht erworben werden könne. Allein dann müßte man in den §§. 18 — 20 unter Titel einen Titel, welchem die Uebergabe hinzugetreten ist, Titel und Uebergabe, verstehen, während sonst überall, und namentlich in den vorhergehenden und nachfolgenden §§. der Titel, als Erwerbgrund, von der Uebergabe und der Eintragung unterschieden und beiden entgegengesetzt wird. In §. 19 ist von Besitz und Uebergabe, worauf bei beweglichen Sachen in dem entsprechenden §. 23 das entscheidende Gewicht gelegt wird, durchaus keine Rede. Man kann auch die Uebergabe nicht als eine selbstverständliche Voraussetzung der Eintragung in denselben hineininterpretiren. Ist nämlich das Grundstück von dem eingetragenen Eigenthümer nur Einem übergeben, so würde diesem ja auch ohne Eintragung vor den übrigen der Vorzug gebühren, so lange keiner von diesen die Eintragung erlangt hat; und dieß wäre nicht möglich, weil keinem von diesen übergeben ist. Für diesen Fall hätte es also keinen Sinn daß der Vorzug erst durch die Eintragung erlangt werden soll. Der §. 19 könnte also nur auf den Fall bezogen werden, wenn der eingetragene Eigenthümer mehrern nach einander einen vollständigen Titel gewährt und auch den Besitz übergeben hätte, unter welchen alsdann derjenige, welcher zuerst die Eintragung erlangt hat, den Vorzug haben sollte, ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt seines Titels und Besitzerwerbs. Das

ist aber gewiß, der Fassung des §. gegenüber, eine gewaltsam einschränkende Auslegung, die um so bedenklicher erscheint, als es unbegreiflich wäre, warum nicht die Verfasser des Landrechts, wie in §. 23 bezüglich beweglicher Sachen, auch hier vorerst mit der Uebergabe allein die fragliche Wirkung verbunden, und dem alsdann nur die Beschränkung hinzugefügt hätten, daß unter mehreren, denen nach einander tradirt worden, der zuerst eingetragene den Vorzug behaupte, während im gleichen Falle bei beweglichen Sachen wie nach römischem Recht, obwohl es der §. 23 nicht ausdrücklich sagt, ohne Zweifel derjenige, dem zuerst übergeben ist, den andern vorgeht. Muß nun hiernach zugegeben werden daß die Eintragung auch ohne vorausgegangene Uebergabe stattfinden kann und jenen Vorzug gewährt, so ergibt sich, da §. 19 keine Ausnahme macht, daß dem neueingetragenen selbst derjenige weichen muß, welchem der eingetragene bisherige Eigenthümer schon vorher das Grundstück übergeben hat, obwohl dieser nach §. 1 Eigenthümer geworden ist; und dieses zwar nicht nur wenn jener seinen Erwerbtitel schon vor der Uebergabe, sondern auch, wenn er ihn erst nach derselben von dem eingetragenen Eigenthümer erhalten hat, obwohl dieser im letzten Fall nicht mehr wahrer Eigenthümer war. Denn wenn man auch hier wieder unter „dem im Hypothekenbuch eingetragenen Eigenthümer" zunächst den wahren Eigenthümer, der eingetragen ist, versteht, so macht sich doch auch hier wiederum die Regel des §. 7. geltend, daß der als Eigenthümer Eingetragene in Verhandlungen mit einem Dritten für den wahren Eigenthümer angesehen werde. Bestätigt wird die hier ausgeführte Ansicht noch durch ein argumentum a contrario aus § 24. Denn wenn hier bestimmt wird, daß derjenige welcher weiß, daß sein Auctor nicht wahrer Eigenthümer ist, weder durch Eintragung noch durch Uebergabe ein Eigenthumsrecht erlangen könne, so muß man schließen, daß wer jenes nicht weiß, „durch Eintragung" allerdings Eigenthum erlangen könne. Man könnt· zwar dieß Argument als unzuläßig anfechten, weil ja durch Uebergabe das Eigenthum beweglicher Sachen auch dem Redlichen nicht erworben werde, es sey denn vom wahren Eigenthümer; also, wenn das Argument in Betreff der Uebergabe zu einem falschen Resultat führe, dasselbe auch in Betreff der Eintragung nichts beweisen könne. Allein es genügt schon, daß überhaupt durch Uebergabe auch von

Seiten des Nichteigenthümers Eigenthum erworben werden kann, und das ist nach §. 7 u. 8 wirklich der Fall; und unverkennbar wird jedenfalls in §. 24 die Eintragung als eine überhaupt mögliche Erwerbart des Eigenthums neben die Uebergabe gestellt.

Das Landrecht nimmt übrigens in den besprochenen Verhältnissen, wie beiläufig schon berüht wurde, in ausgedehntestem Maße auf den guten und bösen Glauben Rücksicht. Wer weiß, daß der eingetragene Besitzer nicht wahrer Eigenthümer ist, der kann nach §. 10 gegen den nicht eingetragenen Eigenthümer und diejenigen, welche von diesem ein Recht herleiten, aus den Verhandlungen mit dem ersten kein Recht erwerben (§. 7); kann nach §. 24 auch durch Eintragung, mit oder ohne Uebergabe, ein Eigenthumsrecht nicht erlangen; also auch dann nicht, wenn er weiß daß der eingetragene bisher wahre Eigenthümer sein Eigenthum bereits durch Uebergabe an einen andern veräußert hat, obwohl dieser die Eintragung noch nicht erwirkt hat. Ja es verordnet auch §. 25 übereinstimmend mit §. 349 des sächsischen Entwurfs, daß, wer nur den früher entstandenen Titel eines andern kennt, die früher erhaltene Eintragung oder Uebergabe zu dessen Nachtheil nicht vorschützen könne, und geht sogar noch über jenen Entwurf hinaus, indem es diese Folge nicht bloß mit dem Wissen „bei Abschluß des Geschäfts", sondern auch mit dem Wissen „zur Zeit der Eintragung oder Uebergabe" verbindet. Das letzte ist meines Erachtens durchaus verwerflich. Es liegt darin eine übertriebene Berücksichtigung der Billigkeit oder Sittlichkeit, die eben in ihrer Uebertreibung zu greller Unbilligkeit führen kann. Denn unbillig ist es gewiß, demjenigen der in gutem Glauben mit dem im Hypothekenbuche noch eingetragenen wahren Eigenthümer etwa einen Kauf geschlossen und vielleicht den Kaufpreis sofort erlegt hat, deßhalb, weil er nachher erst den früher entstandenen Titel des andern kennen lernt, das Recht abzusprechen, das er durch seine größere Vigilanz zu erhalten und zu sichern gedachte.

Wir haben bisher nur das Landrecht nach seinem Zusammenhange aus sich selbst zu erklären versucht, und haben darin, abgesehen von dem zuletzt getadelten Punkte, das System gefunden, das wir oben als das zweite mögliche charakterisirt haben, obwohl wir gestehen müssen, daß dasselbe nicht in der wünschenswerthen Klarheit und Sicherheit darin ausgebildet ist. Wie verhält sich nun dazu die preußische Rechtswissenschaft und Praxis? wie verhält sich dazu

die in der Ueberschrift angeführte Schrift, welche uns zu dieser ganzen Erörterung den nächsten Anstoß gegeben hat?

Die letzte belehrt uns, daß die vom Justizministerium selbst gutgeheißene Praxis von der obigen Ausführung in wesentlichen Punkten abweicht. Sie nimmt nämlich an: 1) daß Eigenthum an Grundstücken nur durch die (Natural-)Uebergabe, nicht durch die Besitztitelberichtigung erworben werde, und betrachtet demnach 2) den Nachweis der Uebergabe als ein Erforderniß der Besitztitelberichtigung. Sie interpretirt 3) den §. 7 I. 10. des allg. Landrechts beschränkend, indem sie ihn nur auf solche Verhandlungen bezieht, die außer der Eigenthumserwerbung liegen, und spricht den §§. 7 und 8 für die Erwerbung des Eigenthums alle Bedeutung ab, was denn ebenso auch von §. 55 Tit. 2. der Hypothekenordnung gelten muß. Sie gibt ferner consequent auch demjenigen, welcher seinen von dem eingetragenen Eigenthümer erlangten Titel zuerst hat eintragen lassen, ohne daß ihm übergeben worden ist, nicht nach §. 20 ein Recht auf die Sache gegen denjenigen, dem der Eigenthümer zuerst das Grundstück übergeben hat, indem sie in §. 19 wie in §. 20 einen nach dieser Theorie eintragungsfähigen Titel voraussetzt, d. i. einen Titel, dem die Uebergabe hinzugetreten ist. Eine weitere Consequenz davon ist, daß, wenn ein Grundeigenthümer einen Theil des Grundstücks durch Uebergabe veräußert hat, ohne Vormerk im Hypothekenbuche, alsdann aber das Grundstück im Ganzen an einen Dritten veräußert und denselben eintragen läßt, dieser jenen vorher veräußerten Theil, obwohl er nach dem Hypothekenbuche noch zum Grundstücke gehörte, nicht in Anspruch nehmen kann. Nur in Ansehung der Rechte der Hypothekgläubiger hat diese Praxis den Satz des §. 7. I. 10 und den entsprechenden unbeschränkt lautenden §. 92 Tit. 2 der Hypothekenordnung: „derjenige, für welchen solchergestalt der titulus possessionis auf ein Grundstück berichtigt worden, ist für den wahren und alleinigen Eigenthümer desselben anzusehen", festgehalten, was freilich unausweichlich geboten war durch §. 410. I. 20 des Landrechts: „Jede gegen den eingetragenen Besitzer erfolgte Hypothekenbestellung behält ihre Kraft, wenn sich gleich in der Folge findet, daß dieser Besitzer nicht der wahre Eigenthümer gewesen sey."

Gegen diese „neuere Rechtswissenschaft" tritt nun der Ver-

fasser obiger Abhandlung als Gegner in die Schranken. Nachdem er dieselbe schon in drei Schriften vergeblich bekämpft*), versucht er es noch einmal durch diese neue Ausführung, obwohl ihm selbst die Autorität des höchsten Gerichtshofes gegenüber steht, deren Geltung zu brechen. Es handelt sich um nichts geringes. Der Vf. macht der neueren Rechtswissenschaft den Vorwurf daß sie, durch romanistische Vorstellungen irre geleitet, die „Hypothekenverfassung in ihren Grundfesten erschüttert und in ein Rechtsinstitut, dessen Endzweck Beseitigung jeden Zweifels über Eigenthums- und Realverhältnisse ist, unauflösliche Widersprüche und Zweifel hineingetragen, die Eigenthums- und Realverhältnisse in eine unerträgliche Verwirrung gebracht und eine Unzahl von Streitigkeiten und Processen hervorgerufen habe" (S. 7. 8). Dem abzuhelfen wäre unläugbar ein erhebliches Verdienst. Der Verfasser versucht es, sich dieses zu erwerben. Er geht aus von dem Princip des unbedingten Glaubens des Hypothekenbuchs, aus

*) Jur. Wochenschrift für 1847. S. 450 fg. Geist des preuß. Privatrechts I. S. 417 fg. Monatschrift für preußisches Recht und dessen Praxis I. S. 449 fg. Von diesen Schriften ist mir nur die zweite zur Hand, die ich in der Krit. Ueberschau II. S. 456 recensirt habe. Seine Gegnerschaft bezeichnet der Vf. daselbst S. 425 anders als in der vorliegenden Abhandlung. Während er dort sagt, das Justizministerium habe jahrelang gegen die widerstrebenden Gerichte den Satz, daß der Besitzer wirklicher Eigenthümer sey, nicht der eingetragene Eigenthümer, durchzusetzen versucht, heißt es hier S. 7.: Die neuere Rechtswissenschaft erachte den Naturaleigenthümer für den wahren Eigenthümer, und der höchste Gerichtshof bezeichne die Ansicht daß der eingetragene Eigenthümer in jeder Beziehung als der wahre und alleinige Eigenthümer anzuerkennen sey, als eine „mit dem Rechtsbewußtseyn und dem wahren Recht in unauflöslichem Widerspruch stehende"; und S. 22 bemerkt der Vf., es habe zwar ein Senat des Obertribunals den eingetragenen Eigenthümer in jeder Beziehung als allein berechtigten anerkannt, das Plenum des Gerichtshofes aber diese Ansicht verworfen; und als einen jahrelang vom Justizministerium gegen die widerstrebenden Gerichte verfochtenen, vom Obertribunal verworfenen Satz fügt er hier S. 24 nur den Satz an: daß, wenn ein Grundeigenthümer einen Theil seines Grundeigenthums, ohne Vormerk im Hypothekenbuche, durch Uebergabe veräußert habe, und demnächst der eingetragene Eigenthümer das Grundstück verpfände, ohne jenen Theil auszunehmen, an diesem der Gläubiger ein Hypothekenrecht nicht erwerbe.

welchem er zwei Hauptsätze ableitet: 1) „der Inhalt des Hypothekenbuchs muß mit der wirklichen Lage der Dinge in Uebereinstimmung stehen"; 2) „Einzig und allein der Inhalt des Hypothekenbuchs entscheidet darüber, wer Eigenthümer eines Grundstücks ist, und weme in Realrecht daran zusteht." Aus dem letzten Satze wird gefolgert: a) „Nur der eingetragene Eigenthümer ist als Eigenthümer anzuerkennen, er hat alle Rechte des Eigenthümers" und b) „Nur durch Eintragung wird dingliches, namentlich hypothekarisches, Recht an einem Grundstück erworben;" — „die Eintragung (und nur diese) ist der juristische Act des Eigenthumsüberganges." Zur Begründung dieser Sätze geht der Vf. vorerst auf die Hypothekenordnung zurück. Gewißheit des Eigenthums unbeweglicher Güter bezweckend, so sagt er, habe diese die Besitztitelberichtigung vorgeschrieben, und erfordere zu dieser außer einem formell und materiell gültigen Titel die Einwilligung des eingetragenen Eigenthümers (welches letzte Erforderniß unter dem Einfluß der romanistischen Jurisprudenz späterhin leider aufgehoben sey), nicht aber den Nachweis der geschehenen Uebergabe (Naturaltradition). Zwar könnte man nach der Einleitung zur Hypothekenordnung (als welche bezüglich der Erfordernisse gültiger Erlangung, Uebertragung und Aufhebung des Eigenthums auf das künftige Gesetzbuch, bis zu dessen Erlassung aber auf das bestehende Recht verweise) sagen: daß jene die Frage, ob zur Erlangung des Eigenthums an Grundstücken Tradition erforderlich sey, nicht entschieden habe. Daß aber bei Abfassung der Hypothekenordnung an dieses Erforderniß nicht gedacht worden sey, gehe nicht nur aus der Anführung der (deutschrechtlichen) Uebertragungsarten in Tit. 2 §. 63. 66., sondern auf das bestimmteste aus einem Rescript von 1784 hervor, worin Carmer auf betreffende Anfrage antworte: „Ist nicht abzusehen, wozu es des Nachweises der Actualpossession bedürfe, da auch ohne diese das dominium civile übergehen könne"; die wirkliche Einräumung des Naturalbesitzes „könne ebensowohl vor als nach der Berichtigung des tituli possessionis geschehen." Dazu nun enthalte die Hypothekenordnung noch die beiden wichtigen Sätze: daß der gehörig Eingetragene für den wahren und alleinigen Eigenthümer anzusehen sey (Tit. 2. §. 92), und: daß derselbe legitimirt sey, „über dieses Grundstück Dispositiones beim Hypotheken-

buch vorzunehmen." (Tit. 2. §. 55.) Indessen gibt der Vf. doch zu daß die Hypothekenordnung (§. 94.) noch den Fall als möglich setze, es könne jemand vorhanden seyn, welchem auf das Eigenthum des Gutes ein besseres Recht zustehe als dem neuen Acquirenten oder demjenigen, von welchem das Gut auf ihn gelangt ist, daß sie also auch die Möglichkeit der Anfechtung jener Dispositionen nicht ausschließe, und somit den Grundsatz von dem unbedingten Glauben des Hypothekenbuches noch nicht in seiner ganzen Consequenz und Strenge enthalten habe (S. 14). Allein diese Unvollkommenheit sey beseitigt durch das allgemeine Landrecht; dieses habe jenen Grundsatz in seiner ganzen Consequenz und Strenge ausdrücklich anerkannt. Den Beweis dafür findet der Vf. in den oben erklärten §§. 7—9, 18—23. I. 10. §. 410. I. 20 verglichen mit §. 125. I. 11 (wo die gerichtliche Zuschreibung ohne vorgängige Uebergabe als möglich vorausgesetzt wird), §. 199. 200. I. 17. §. 731. I. 18 (wo die Besitztitelberichtigung als Moment des Eigenthumsüberganges anerkannt werde), und §. 255—257. II. 16 (wo die Anwendung der Vorschriften von Thl. I. Tit 10 auf Bergwerkseigenthum vorkommt). Zur Bestätigung aber der Richtigkeit dieser Auffassung führt er ein Rescript vom 26 Mai 1804 an, welches ausspreche: daß die Umschreibung des tituli possessionis erfolgen könne, wenngleich von der Uebergabe nichts constire, sodann: daß, wenn bei Veräußerungsverträgen über Immobilien in die Umschreibung des Besitztitels von dem Verkäufer gewilligt, aber dabei nicht erklärt worden daß die Uebergabe an den Acquirenten bereits erfolgt sey oder für geschehen angenommen werde, alsdann mit der Eintragung des tituli possessionis für den neuen Acquirenten ohne weitere Einschränkung mit der Wirkung verfahren werden dürfe, daß er als vollständiger Eigenthümer zu anderweiten Dispositionen über die Substanz des Grundstücks für berechtigt anzunehmen. Dieses Rescript, wie ein damit übereinstimmendes vom 5 Mai 1794, gebe die Ansicht der Redactoren des Landrechts oder wenigstens die um die Zeit der Redaction des Landrechts herrschende Ansicht zu erkennen, von welcher erst die spätere preußische Rechtswissenschaft und Praxis abgegangen sey.

Es leuchtet von selbst ein, daß die in der vorliegenden Schrift vertretene Ansicht in ihren wesentlichen Resultaten mit der oben

von uns gegebenen Erklärung des Landrechts übereinstimmt und diese zum Theil noch mehr bestärkt. An einem andern Orte (Krit. Ueberschau II. S. 463 fg.) habe ich zwar die vom Vf. angefochtene Ansicht des Justizministeriums gegen denselben in Schutz genommen. Allein es geschah dieses, weil nach den dort gegebenen Andeutungen einerseits die ganze Tragweite jener Ansicht nicht zu erkennen war, andrerseits die Ansicht des Verfassers zu weit zu greifen schien. Es hatte nämlich den Anschein als ob der Vf. ein wahres Eigenthum an Grundstücken ohne Eintragung überall nicht gelten lassen wolle. In der obigen Abhandlung dagegen erkennt er wiederholt ein sogenanntes Naturaleigenthum in Folge der bloßen Uebergabe ausdrücklich an, erklärt auch (S. 31) die allgemeine Fassung des §. 1. I. 10 daraus daß durch Uebergabe wenigstens sogenanntes Naturaleigenthum übertragen werde, und nur den Erwerb des sogenannten Civileigenthums, eines vollkommen geschützten und allseitig wirksamen Eigenthums an Grundstücken, macht er von der Eintragung abhängig. Mit dieser Beschränkung oder nähern Erklärung kann ich nun in der Hauptsache auf die Seite des Verfassers treten, ohne mit den a. a. O. S. 464 angedeuteten Grundsätzen in Widerspruch zu gerathen. Indessen leidet auch die jetzige Ausführung des Verfassers noch an einem dreifachen Mangel, welchem wohl hauptsächlich die bisherige Erfolglosigkeit seiner Polemik gegen die bestehende Praxis zuzuschreiben ist. Vorerst nämlich erkennt er nicht den ganzen Gehalt des von ihm sogenannten Naturaleigenthums, oder gibt dieß wenigstens nicht zu erkennen. Er spricht diesem (S. 32) ausdrücklich und allgemein „im Verhältniß zu dritten Personen" alle Bedeutung ab, scheint also dasselbe in der That auf die Bedeutung eines bloß persönlichen Rechtsanspruchs gegen denjenigen, von welchem der Erwerbtitel sich herleitet, herabdrücken zu wollen. Dieß ist unrichtig. Der Erwerber durch Uebergabe ist wahrer Eigenthümer, er hat ein dingliches Recht, wirksam gegen alle, sowohl gegen dritte Personen als gegen den Autor selbst, nur mit Ausnahme derjenigen, welche in gutem Glauben mit dem als Eigenthümer Eingetragenen über das Grundstück Verhandlungen geschlossen haben; er hat daher auch gegen alle die Vindication des Grundstücks, und ist der einzige wahre Eigenthümer, solange nicht ein Dritter mit dem Eingetragenen ein das Eigenthum be-

treffendes Erwerbgeschäft in gutem Glauben abgeschlossen hat. Mit diesem ersten Fehlgriff hängt ein zweiter zusammen. Der Verfasser stellt als absolutes Princip an die Spitze: unbedingter Glaube des Hypothekenbuchs; und leitet daraus als nächsten Folgesatz ab: der im Hypothekenbuch Eingetragene ist der einzige wahre Eigenthümer des Grundstücks; „er hat alle Rechte des Eigenthümers, also sowohl das Recht über das Grundstück zu verfügen, als das Recht, die aus der Verletzung des Eigenthums folgenden Ansprüche zu verfolgen" (S. 5. 6.). Auch dieß ist unrichtig. Zwar nehme auch ich mit dem Verfasser an, daß die Gesetzgebung das Princip des unbedingten Glaubens des Hypothekenbuchs consequent und in allen Beziehungen festgehalten haben wolle; aber nur in dem Sinne, daß das Vertrauen auf die Richtigkeit seines Inhalts nicht getäuscht werden solle, daß daher gegenüber demjenigen, welcher in diesem Vertrauen (in gutem Glauben) mit dem Eingetragenen sich in Verhandlungen eingelassen hat, die materielle Unwahrheit des Inhalts nicht geltend gemacht werden könne, nicht in dem Sinne, daß dieser Inhalt in jeder Beziehung ohne weiters als wahr gelte. Daher ist der Eingetragene, der das Grundstück bereits durch Uebergabe veräußert hat, nicht mehr Eigenthümer; er hat nicht mehr das Recht der Vindication gegen Dritte; das Fundament der Vindication wird nicht ohne weiters durch das Hypothekenbuch bewiesen; vielmehr kann nicht nur der neue (noch nicht eingetragene) Erwerber, sondern selbst jeder Dritte ihm entgegenhalten, daß er aus jenem Grunde nicht mehr Eigenthümer sey; denn die Vindication fällt nicht unter den Begriff der mit einem Dritten geschlossenen Verhandlungen des §. 7. I. 10, und nur, wenn in Folge der Vindication der Dritte in gutem Glauben Verhandlungen mit dem Eingetragenen vorgenommen, z. B. demselben die litis aestimatio gezahlt hat, kann er sich auf §. 7. 8. berufen. Jener hat ferner nicht das Recht übe rdas Grundstück zu verfügen, z. B. andern das Eigenthum oder andere Rechte daran einzuräumen; vielmehr begeht er ein Unrecht, wenn er das thut, einen Eingriff in das bereits erworbene Recht desjenigen, dem er das Eigenthum bereits durch Uebergabe veräußert hatte; nur der Dritte, welcher im Vertrauen auf das Hypothekenbuch ein Recht an dem Grundstück sich hat einräumen lassen, hat nun nach §§. 7. 8. die Möglichkeit, dieses

auch gegen den (Natural-) Eigenthümer als vollkommen wohlerworbenes geltend zu machen. Die Verkennung dieser Sätze hängt wieder zusammen mit dem dritten Hauptfehler der vorliegenden Ausführung, der darin besteht daß der Verfasser überhaupt den Standpunkt nicht richtig erfaßt, von welchem das Landrecht in der ganzen Lehre ausgeht. Dieser ist nämlich der des materiell wahren Rechts, dessen Erforschung und Handhabung auch sonst die Gesetzgebung Friedrichs sich angelegen seyn ließ, und dessen Wirksamkeit nur das Landrecht hier in Rücksicht auf den Glauben des Hypothekenbuchs beschränkt, beziehungsweise ausschließt. Dem Landrecht ist nicht der Eingetragene als solcher der wahre Eigenthümer, sondern derjenige, welchem nach materiellem Recht das Eigenthum zukommt, und so namentlich derjenige, welchem der Eigenthümer auf Grund eines rechtsgültigen Titels das Grundstück übergeben hat. So lange dieser noch nicht im Hypothekenbuch eingetragen worden, kann er zwar nicht vor Gericht Verfügungen über das Grundstück treffen, und ist er nicht gesichert dagegen daß ein Dritter durch Verhandlungen mit dem Eingetragenen Rechte, z. B. Hypotheken, an der Sache erwerbe, ja selbst ihm das Eigenthum entziehe. Bis dahin aber ist er wahrer und der einzige wahre Eigenthümer*). Indem der Verfasser diesen Stand- oder Ausgangs-Punkt und den entsprechenden Sprachgebrauch des Landrechts nicht beachtet, kommt er zu Sätzen, welche mit dem Ausdruck der betreffenden §§. des Landrechts in handgreiflichem Widerspruch zu stehen scheinen.

Ungeachtet der gerügten Fehlgriffe aber kann der Bemühung des Vf. ein wesentliches Verdienst nicht abgesprochen werden, wenn anders nicht mit ihm auch der Verfasser dieses Artikels im Irrthum befangen ist, so weit er nach Obigem in den Resultaten mit jenem übereinstimmt. Dieses aussprechen zu können freut mich um so mehr, als ich mich wohl auch zu den Romanisten zu zählen habe, dem Romanismus aber vom Verfasser die Verkehrung des preußischen Rechts schuld gegeben wird. Meines Bedünkens ist übrigens dieser mit scharfer Betonung oft wiederholte

*) Durch eine Vormerkung im Hypothekenbuche kann übrigens jener Gefahr vorgebeugt werden; in diesem Fall ist es dann vollends ersichtlich, wie der Erwerber allseitig gesichertes Eigenthum hat, obwohl er noch nicht eigentlich als Eigenthümer eingetragen ist.

Vorwurf so wenig begründet, als der Empfehlung der vom Verfasser verfochtenen Theorie förderlich; es haftet daran ein Geschmack von oberflächlichem Raisonnement, das mit den banalen Benennungen „romanistisch" oder „germanistisch" Argumente ersetzen zu können vermeint. Der nichts weniger als specifisch römische, vielmehr von den Römern selbst aus dem allgemeinen Rechte (jus gentium) entlehnte Satz: „traditionibus dominia rerum transferuntur", ist ein so einfacher, das Rechtssystem im Ganzen so wenig beherrschender und bedingender Satz, daß derjenige ein schwacher Romanist, weil ein schwacher Jurist, seyn muß, der sich durch besondere Liebhaberei an demselben beirren läßt, die Natur und Bedeutung einer durch neueres Recht ausgebildeten anderweitigen Erwerbart von Grundstücken richtig aufzufassen. Der Anlaß zu der jetzt in Preußen vorherrschenden Theorie und Praxis liegt vielmehr in der Unklarheit und Mangelhaftigkeit der betreffenden Bestimmungen des Landrechts. Diese ist es, welche dem Zweifel Raum gelassen hat, ob der §. 7. I. 10 auch auf Verfügungen über das Eigenthum zu beziehen sey, ob die Uebergabe zu den Voraussetzungen der Besitztitelberichtigung gehöre, ob daher die bloße Eintragung im Stande sey, das einem Andern durch Uebergabe bereits erworbene (natürliche) Eigenthum diesem zu entziehen. Daher huldigen jener Theorie auch solche Rechtsgelehrte, denen eine Befangenheit in romanistischen Anschauungen gewiß nicht nachzusagen ist und auf die dieser Vorwurf keinen Eindruck machen kann, z. B. Klein, Bornemann, Beseler, und es würde den romanistischen Verfasser dieses Artikels nicht in Verwunderung setzen, wenn ein Germanist als Gegner gegen obige Ausführung auftreten sollte. So wie jetzt die Sache in Preußen steht, nachdem durch zwei Rescripte die vorgängige Uebergabe für ein Erforderniß der Besitztitelberichtigung erklärt, nachdem durch Cabinetsordre die Nothwendigkeit der Einwilligung des Veräußerers zur Besitztitelsberichtigung aufgehoben, nachdem durch mehrere Präjudicien des obersten Gerichtshofes eine von der oben ausgeführten wesentlich abweichende Ansicht bestätigt worden ist, möchte eine Zurückführung der preußischen Praxis auf denjenigen Standpunkt, den wir als den ursprünglichen des Landrechts nachgewiesen zu haben glauben, ohne Einwirken der gesetzgebenden Gewalt kaum zu erwarten stehen. Wien, im Februar 1857.

Dr. Arndts.

V.

Christian Reinhold Köstlin.

(Nekrolog.)

„Ein neues Werk von Köstlin hat immer eine Bewegung unter den Criminalisten zur Folge und einen Kampf über Hauptfragen der Strafrechtswissenschaft, dessen Resultate für die Wissenschaft bald augenscheinlich werden. Er darf darin eine Befriedigung finden, die ihm wahrscheinlich reichlich aufwiegt die heftigen Angriffe der Blindschleichen und Fabrikanten von Quasirecensionen, die nur deßhalb der wirklichen Kritik voraneilen können, weil sie die Kunst verstehen, auch schwere Bücher zu beurtheilen, ohne sie gelesen zu haben und ohne sie zu verstehen". . . .

Mit diesen Worten leitete Osenbrüggen seine Recension des Köstlin'schen „Systems des deutschen Strafrechts (I. Abth. Allgemeiner Theil. Tübingen 1855)" ein. S. Krit. Zeitschr. f. d. ges. R. W. III. Bd. S. 133 ff Indem ich mich der ehrenvollen Aufgabe unterziehe, das Andenken Köstlins an diesem Orte zu feiern, dienen mir jene Worte als Schild gegen das Vorurtheil, welches vielleicht aus meiner in dieser Zeitschrift enthaltenen Besprechung des Köstlin'schen Systems entspringen könnte. Osenbrüggen zählt unter den Ersten unserer Fachgenossen. Sein Urtheil kann daher für jedermann eine Beruhigung seyn, daß die Anerkennung, welche ich dem nun Verstorbenen zollen zu müssen glaubte, eine wohl verdiente und keineswegs bloß aus Freund-

schaft für die Person des Verfassers hervorgegangen sey*). Aus diesem Grunde darf ich mich hier wohl auch auf alles dasjenige beziehen, was ich in jener Besprechung sowohl über Köstlins Leistungen im allgemeinen, als auch insbesondere über sein „System" bemerkt habe, und ich glaube nur im Sinne aller Freunde der Wissenschaft zu sprechen, wenn ich es tief beklage, daß dem Wunsche baldiger Nachfolge des speciellen Theils vom Verfasser nicht mehr entsprochen werden kann.

Es ist hier nicht der Ort, und auch noch nicht an der Zeit, über den juristischen Nachlaß Köstlins zu berichten. Wir müssen uns hier auf die Betrachtung derjenigen Leistungen Köstlins beschränken, welche der Lebende selbst der Welt vorgelegt, — Leistungen, groß genug, um aus der Betrachtung Bewunderung hervorgehen und schmerzlich ahnen zu lassen, wie viel mit ihm zu Grabe gegangen. Es würde die Gränzen dieses Nachrufes weit überschreiten, wenn auch nur eine kurze Inhaltsangabe und Würdigung aller dieser Leistungen, selbst nur der juristischen, geschweige denn überdieß der philosophischen, historischen und poetischen, geliefert werden wollte. Wenn das Leben und die Persönlichkeit ihres Urhebers auch nur in Umrissen skizzirt und dessen Bedeutung für die Wissenschaft auch nur ganz im allgemeinen anzugeben versucht werden will, so wird nicht einmal soviel Raum für die einzelnen Schriften übrig bleiben, daß ein Verzeichniß derselben geliefert werden könnte.

Christian Reinhold Köstlin, geboren zu Tübingen am 29 Januar 1813, dem Geburtsjahre des bayerischen (Feuerbachischen) Strafgesetzbuches, war der Sohn des damaligen Oberhelfers, nachherigen vierten theologischen Professors und Frühpredigers Nathanael Friedrich Köstlin. Seine Mutter war eine Tochter des berühmten Theologen und Orientalisten, Professors und Kanzlers Christian Friedrich Schnurrer († 1822), in Württemberg hochgeachtet wegen seiner charakterfesten zur Dienstentlassung führenden

*) S. jetzt auch die den Verstorbenen hoch ehrenden Worte von Herrmann am Schlusse seines Artikels „über Absicht und Vorsatz ꝛc." im Archiv d. Kr. R. 1856. S. 477. — Schon bei Lebzeiten erhielt K. einen Platz im Brockhausischen Conversationslexikon. Aus der Zahl der Nekrologe sey hier nur der in der „schwäbischen Chronik" (des schwäb. Merk. II. Abth.) 1856. 5 Oct. Nr. 238 angeführt.

Haltung als Mitglied der Ständeversammlung in der Verfassungsfrage (1817). S. Weber „Schnurrers Leben, Charakter und Verdienste" (Cannstadt 1823).

Den größten Theil seiner Jugend verlebte Chr. R. K. in Stuttgart, wohin sein Vater 1815 als erster Prediger der Hospitalkirche versetzt wurde. Unter der sorgsamen und einsichtsvollen Leitung des letzteren durchlief er daselbst mit Auszeichnung sämmtliche Classen des Gymnasiums gemeinschaftlich mit seinem älteren (nach Vollendung der Universitätsstudien gestorbenen) Bruder. Schon im Jahre 1819 hatte er das Unglück, seine Mutter, und 1823 seine Stiefmutter zu verlieren. Im Herbste 1829 bezog er die Universität Tübingen und verweilte daselbst mit Unterbrechung von einem halben Jahre, welches er in Heidelberg zubrachte, 3 Jahre.

Obgleich der Geist des 16jährigen Jünglings zu einer seinem Lebensalter voraneilenden Reife gelangt war, wurde ihm die Wahl des Studiums doch ungewöhnlich schwierig, und zwar durch seine frühzeitig entwickelte künstlerische Begabung, die ihre Richtung zunächst auf Poesie und Musik genommen hatte. Zu Frommen unserer Wissenschaft folgte er aber dem Wunsche seines Vaters und entschied sich für das Studium der Rechtswissenschaft, ohne jedoch gänzlich auf Befriedigung des künstlerischen Dranges zu verzichten. Bis ans Ende seines Lebens fand er neben seinem rastlosen Schaffen auf dem Gebiete des Rechts immer noch Zeit zu poetischen Schöpfungen, — er führte gleichsam ein geistiges Doppelleben, leider aber ohne hiefür auch das nöthige Doppelmaß physischer Kraft zu besitzen.

In Tübingen, Heidelberg und Berlin, wohin er sich im Herbste 1833 begab, bildeten gründliche philosophische und historische Studien das würzende und befruchtende Element seines ernsten, energischen Rechtsstudiums, während der poetische Drang ihn schon damals zur Abfassung von Liedern, Novellen und Dramen nöthigte. Wenn sich die eingehende Beschäftigung mit der belletristischen Literatur, namentlich der deutschen und englischen, hauptsächlich mit Shakspeare, hiebei wohl von selbst versteht, so mag dagegen als etwas besonderes vermerkt seyn, daß sich die Liebe des jungen Themispriesters zur dramatischen Kunst bis-

weilen sogar bis zur Entfaltung seines mimischen Talentes in befreundeten Kreisen steigerte, wie ihm denn auch die Tieckische Gabe des Vorlesens in nicht gewöhnlichem Maße eigen gewesen seyn soll. Im übrigen war er während dieser Universitätszeit bei seinen Studiengenossen und Lehrern als ein eifrig strebender, hochbegabter, kenntnißreicher, geistig erregter und anregender Jüngling bekannt, geliebt und geachtet.

Im Sommer 1834 kehrte er, nachdem er in Wien noch einige Monate zugebracht, nach Stuttgart zurück, bestand die erste juristische Staatsprüfung mit bestem Erfolge und brachte das Referendärprobejahr theils bei dem Gerichtshofe in Eßlingen, theils bei dem Stadt- und Criminalgerichte in Stuttgart zu. Nach Erstehung der zweiten Staatsprüfung ließ er sich 1836 in die Liste der Rechtsconsulenten aufnehmen und hatte sich in diesem praktischen Berufe, dem er bis zum Herbste 1839 seine Kräfte widmete, alsbald vielfachen Vertrauens zu erfreuen. Aber seine geistige Organisation war von der Art, daß der Hang zur grauen Theorie über kurz oder lang den Sieg über das lockende Gold des grünen Lebensbaumes gewinnen mußte. Noch während der dreijährigen praktischen Thätigkeit sehen wir ihn eine sehr bedeutende literarische Productivität entwickeln, und zwar nach seinen beiden Richtungen hin: juristisch, indem er schon 1838 die seinen criminalistischen Ruf begründende Monographie „die Lehre vom Mord und Todtschlag," und 1839 seine Schrift: „Wilhelm I. König von Württemberg und die Entwickelung der württembergischen Verfassung" veröffentlichte; — als Dichter, indem er 1837 zwei Erzählungen: „die Geschichte vom spanischen Baumeister und die Geschichte vom Leim und der Mariandl", sodann 1838 die Novelle „die Mathildenhöhle" und endlich in demselben Jahre das zu Stuttgart auf die Bühne gebrachte Drama „die Söhne des Dogen" schrieb. Es versteht sich wohl von selbst, daß wir hier von aller Betrachtung dieser und der späteren poetischen Erzeugnisse Köstlins Umgang nehmen müssen. Die Kritische Ueberschau muß den Dichter Christian Reinhold den Aesthetikern überlassen; sie hat es nur mit dem Rechtsgelehrten Reinhold Köstlin zu thun. Daher müssen auch seine späteren Dichterwerke unerwähnt bleiben; es genüge die Notiz, daß er bis an sein Ende poetisch productiv blieb und noch eine bedeutende Anzahl von Erzählungen, Novel-

len, Gedichten und Dramen schrieb, von welchen einiges noch nicht veröffentlicht seyn soll.

Dagegen darf die bereits angeführte Geschichte des Königs Wilhelm I. von Württemberg nicht unbeachtet gelassen werden. Der 26jährige Advocat offenbart darin in jugendlicher Rückhaltlosigkeit und Entschiedenheit sein Inneres, sein ganzes geistiges Leben, seine Ansichten über die wichtigsten Fragen und Angelegenheiten der civilisirten Welt. Das Werk hat für uns ein dreifaches Interesse. Für's erste als ein literarisches Wagestück; denn wenn es jedesmal bedenklich ist, das Wirken eines noch Lebenden darzustellen und zu beurtheilen, so ist es gewiß ein förmliches Wagniß, wenn ein junger Mann, dessen Begabung zu den reichsten gehört, das Wirken seines noch lebenden Landesherrn ohne den animus lucri faciendi zu schildern unternimmt. Die Reinheit seiner Absicht wird gewiß von keinem Leser in Zweifel gezogen werden. Sodann aber ist es für uns von besonderem biographischem Interesse, indem wir bereits in diesem Werke die ganze Persönlichkeit des jungen Rechtsgelehrten finden, wie wir ihn auch später in allen seinen Werken wiedererkennen. Aber auch abgesehen hievon, bietet der Inhalt selbst genug des Anziehenden, um bei demselben länger zu verweilen. Insbesondere enthält die historische Einleitung sehr interessante Erörterungen über die Entwickelung der Landeshoheit, über die Reformation und die Revolution. Leider gestattet der uns zugewiesene Raum kein näheres Eingehen auf dieses Werk.

Von noch größerer Bedeutung für uns ist natürlich die Schrift über Mord und Todtschlag, wovon jedoch nur der I. Theil „die Ideen des römischen Rechts" erschienen. Sie gehört zu den besten Monographien der deutschen Strafrechtsliteratur. Der 25jährige Advocat beurkundet darin einen solchen Reichthum an gelehrten Kenntnissen und eine solche Gewandtheit in lichtvoller Darstellung, daß es sehr begreiflich erscheint, wenn derselbe bald darauf von dem zum Kammerpräsidenten berufenen Kanzler v. Wächter als Stellvertreter vorgeschlagen wird, — ein Vorschlag, welcher in der That beiden Betheiligten zu nicht geringer Ehre gereicht. Höchst bemerkenswerth ist aber namentlich auch die von Osenbrüggen als brillant bezeichnete Vorrede zu dieser Schrift. Der Verfasser stellt darin Betrach-

tungen über die neueste Entwickelung der gesammten Rechtswissenschaft an und bezeichnet genau den Standpunkt und die Richtung der Wissenschaft, welche er für die richtigen hält, und denen er auch wirklich bis ans Ende treu geblieben. Diese Richtung ist im wesentlichen ganz dieselbe, welche in dem Vorworte zur Krit. Ueberschau als die allein richtige bezeichnet wird: „Wir wissen es nun daß die Historie ohne Leben ist, wenn ihr das Wesen des innern Geistes verschlossen bleibt, und daß die Philosophie eine Träumerin ist, wenn sie die leibhafte Gestaltung der Dinge nicht beachtet, in denen der Geist sich offenbart. Nur wo Historie und Philosophie sich die Hand reichen und eng verbündet nach der Wahrheit suchen, geht die Erkenntniß in vollem Glanze auf.“ Der Grundsatz, daß die Wissenschaft ebenso das Historische philosophisch zu begreifen, als der Philosophie den historischen Inhalt zu geben suchen müsse — blieb stets das wissenschaftliche Bekenntniß Köstlins, welches sowohl in seiner Polemik als auch in seinem positiven Produciren lebendig ist.

Der weitere äußere und innere Lebenslauf Köstlin's ist in obigem bereits angedeutet; der Vorschlag Wächters wurde für denselben entscheidend. In Folge dieses Vorschlags begab sich Köstlin im Herbst 1839 nach Tübingen und habilitirte sich daselbst als Privatdocent. Mit welcher Energie er sich nun seinem neuen Berufe widmete, und mit welcher Gründlichkeit er namentlich seine rechtshistorischen Studien fortsetzte, dafür ist die bereits 1841 erschienene Abhandlung „die Perduellio unter den römischen Königen“ ein selbstredender, alle weitere Erörterung und Versicherung überflüssig machender Beweis.

Eine andere traurigere Frucht dieser Anstrengungen war aber das schon zu Anfang des Jahres 1840 beginnende Brustleiden des jungen Docenten, welches schon damals sein Leben bedrohte. Allein noch war seine Lebenskraft stärker als die Krankheit. Im bayerischen Gebirge, an den grünen Ufern des Tegernsee und in der würzigen Bergluft von Kreuth richtete sich der junge Baum wieder auf, und sein Aeußeres versprach nun die längste Lebensdauer. Im Besitze blühendster Jugendkraft kehrte er zu seinem Berufe zurück und erfreute sich hier an der Seite des verdienstvollen Hepp eines immer steigenden Erfolges.

Aber noch in einer anderen Beziehung war jener Aufenthalt in

Kreuth ein Wendepunkt für sein Leben. Er fand daselbst nicht bloß neue Gesundheit, sondern auch die Lebensgefährtin, die bereits damals als geistvolle Liedercomponistin bekannte Josephine Lang aus München. Nachdem er am Ende des Jahres 1841 in Folge seiner Abhandlung über die Perduellio zum außerordentlichen Professor ernannt worden war, führte er die Erkorene zum Altare und gründete sich Herd und Haus.

Seine Thätigkeit als Docent erstreckte sich während seiner 17jährigen akademischen Laufbahn zunächst auf gemeines deutsches und württembergisches Criminalrecht (8 Stunden wochentlich), sodann auf den Criminalproceß und endlich auf Rechtsphilosophie. Seine Vorträge werden als höchst anregend, formell wie materiell vollendet, geistreich und dabei stets aufs praktische Leben Bezug nehmend geschildert.

Neben dieser Lehrthätigkeit geht nun aber — auch abgesehen von allen poetischen Erzeugnissen — bis zu Ende eine sowohl intensiv als extensiv bedeutende schriftstellerische Thätigkeit her, — eine Thätigkeit, welche ebenso im Strafrechte als im Strafverfahren Werke hervorbringt, von denen, wie wir gesehen haben, Osenbrüggen bemerkt, daß sie eine Bewegung unter den Fachgenossen und einen wohlthätig wirkenden Kampf über Hauptfragen der Wissenschaft zur Folge haben. Betrachten wir diese Thätigkeit im einzelnen, so sehen wir, wie sie sowohl im Strafrechte, als auch im Strafverfahren ebenso der Geschichte wie der Dogmatik zugewandt ist.

Was vorerst die historischen Arbeiten im Strafrechte betrifft, so ist es jetzt die Geschichte des deutschen Strafrechts, auf welche sein Augenmerk gerichtet ist, nachdem seine früheren Schriften, wie gezeigt, die Geschichte des römischen Strafrechts behandelt hatten. Einige der bedeutendsten Abhandlungen dieser Richtung können erst weiter unten namhaft gemacht werden, — weil sie erst der letzten Periode seines Lebens und Wirkens angehören. Hier sind aber schon zwei Abhandlungen zu nennen im 12. und 14. Bande der Zeitschrift für deutsches Recht von Beseler, Reischer und Wilda.

Das bedeutendste dogmatische Werk auf dem Gebiete des Strafrechts ist die „neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts", worüber seiner Zeit von Ludwig Stein eine ausführliche, für K. sehr

ehrenvolle Kritik geliefert wurde. Dieses Werk ist eine Bearbeitung des allgemeinen Theils des Criminalrechts vom Standpunkte der neueren Philosophie aus.

„Immerhin“, sagt Köstlin, „mag der Titel an das berühmte Werk des großen Criminalisten (Feuerbachs Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts.“ 2 Theile 1799 und 1800) erinnern, — nicht als ob der Verfasser sich jenem an die Seite setzen wollte, sondern insoferne, als in dem zeitlichen Entwickelungsstadium der Wissenschaft ähnliche Vorbedingungen zu einem solchen Unternehmen zu liegen scheinen, wie es zur Zeit der Fall war, als Feuerbach mit der gedachten Schrift hervortrat“.

Feuerbach hatte sich's zur Aufgabe gemacht den Ansichten der damals neuen Kant-Fichte'schen Philosophie über Staat und Recht in die Strafrechtswissenschaft Eingang zu verschaffen und diese hiemit als Glied in den Gesammtwissensorganismus einzufügen. Es ist bekannt, in welcher Art Feuerbach diese Aufgabe gelöst, und welchen Einfluß seine Ansichten auf den praktischen Strafrechtszustand in ganz Deutschland gehabt. Dieselben sind wie die Kant-Fichte'schen Ansichten selbst schon lange ins Leben übergetreten; ja sie haben sich großentheils und gerade in ihren Fundamentalsätzen bereits überlebt. Wie die Periode des subjectiven Idealismus sowohl in der Wissenschaft, als im Leben bereits der Geschichte angehört, ebenso ist bereits in Recht und Strafrecht insbesondere die charakterisirende Frucht dieser Philosophie — die Vertragstheorie — obsolet geworden. Noch während der Herrschaft jener Philosophie ist eine neue Grundansicht über göttliche und menschliche Dinge erstanden, und bereits ist an die Stelle des subjectiven der objective Idealismus getreten. Wie der Staat — wenigstens für die Wissenschaft — nicht mehr ein Product des Ich, nicht mehr bloß eine Rechts- und Sicherheitsassecuranz-Anstalt, sondern Selbstzweck ist und Substantialität besitzt, so leiten wir auch das Strafrecht nicht mehr aus einem Vertrag her und suchen es nicht durch einen außer dem Begriffe des Verbrechens liegenden Zweck zu rechtfertigen, sondern betrachten es als eine absolute an und für sich seyende, aus dem Begriffe des Verbrechens von selbst hervorgehende Nothwendigkeit. Die ersten Bekenner dieser neuen Grundansichten von Staat und Recht waren unter den damaligen Verhältnissen zunächst auf Hegels Philosophie hingewiesen.

Aber den Besseren dieser Schule machte sich das Bedürfniß fühlbar, die zum Staatsabsolutismus übertriebene Staatsubstanzialität wieder in die gehörigen Schranken zurückzudrängen und dagegen dem Rechte der subjectiven Freiheit die gebührende Geltung wieder zu erringen. „Schon um des letzteren Zweckes willen, sagt Köstlin, ist es an der Zeit, eine Begründung des Strafrechts auf der Grundlage der neueren Philosophie aufzustellen, dabei aber die Abstraction des objectiven Idealismus abzuthun und denjenigen Momenten ihr Recht wieder zu geben, welche bei Hegel zu kurz gekommen sind."

Indem er sodann die Schriften Abeggs, Mittermaiers, Ludens, Heffters, Marezolls und anderer als Vorarbeiten zu seinem Unternehmen anführt, spricht er damit bereits aus, daß er keineswegs der Meinung sey, dem Publicum ein dem Inhalte nach durchaus neues Werk vorzulegen. Neu dagegen ist allerdings die Form der Darstellung d. h. anders als die Form bei Feuerbach, und anders als bei den anderen Bearbeitern des sogenannten allgemeinen Theils des Strafrechts. Was insbesondere das Verhältniß der Köstlin'schen zur Feuerbach'schen Form betrifft, so gründet sich dasselbe auf den Unterschied zwischen der kritischen und speculativen Philosophie. Diese stellt sich der Wirklichkeit nicht kritisirend und polemisirend bis zur Destruction gegenüber, sondern sucht sie vielmehr in ihrer, wenn auch nur relativen Vernünftigkeit aufzuzeigen, ohne jedoch in Götzendienst vor der geschichtlichen Erscheinung zu verfallen. In Köstlins Werke amalgamiren sich zwar auch philosophisches und positives Strafrecht, aber auf wesentlich andere Art, als es bei Feuerbach der Fall ist. Köstlin kann sich zwar ebensowenig, wie Feuerbach, eine das Wesen unseres positiven Strafrechts, nicht bloß seine Erscheinung zum Bewußtseyn bringende Darstellung desselben anders, als auf philosophischer Grundlage denken, — aber das Köstlin'sche Amalgam ist deßhalb doch kein Rückfall in die Feuerbachische Methode. Denn bei Köstlin steht dem Seyn kein Sollen feindlich und übermüthig gegenüber, sondern seine Darstellung bemüht sich, die Wirklichkeit, das positive Recht zu begründen. Uebrigens hat Köstlin die fragliche Verbindung zwischen dem positiven und philosophischen Strafrechte eigentlich erst in dem 10 Jahre später erschienenen System des deutschen Strafrechts (I. Abth. Allgemeiner Theil.

Tübingen 1855) vollzogen. Eine solche Darstellung hielt er damals noch nicht an der Zeit; er glaubte die Revision des Begriffes der begriffsmäßigen Darstellung seiner geschichtlichen Realität voranschicken zu müssen; er wollte, um das Resultat annehmlich zu machen, vorerst seine Genesis aufzeigen; er wollte dieß namentlich auch deßhalb, damit man ihm nicht schon von vornherein, durch die Form der Darstellung irre gemacht, den trivial gewordenen Vorwurf einer willkürlichen Construction der Geschichte entgegensetze.

Auch in der Vorrede zur neuen Revision weist er darauf mit besonderem Nachdrucke hin, daß sich schon aus dem daselbst mitgetheilten Plane seiner strafrechtlichen Arbeiten ergebe, wie weit er davon entfernt sey, das speculative Element auf Kosten des geschichtlichen zu bevorzugen. Er glaubte nur, daß man erst ein solides Fundament legen müsse, ehe man weiter bauen wolle; und von einer wissenschaftlichen Behandlung ohne philosophische Grundlegung hatte er keinen Begriff. Daß es ihm aber mit der Pflege der Strafrechtsgeschichte wirklich Ernst war, hat er mit seinen umfangreichen und ungewöhnlichen Fleiß verrathenden Abhandlungen in der Zeitschrift für deutsches Recht (im 12. Bd. „die Entwickelung des deutschen Strafrechts im Mittelalter", im 14. „das germanische Strafrecht", im 15. „die Ehrverletzung nach deutschem Recht„), in Goltdammers Archiv („die Lehre von der Unterschlagung nach den neuen deutschen Gesetzbüchern übersichtlich dargestellt" im 4. Bd. 1856), im Archiv für Criminalrecht (J. 1856 „über die gemeingefährliche Waarenverfälschung mit besonderer Rücksicht der Begriffe von dolus eventualis und luxuria") und in der Krit. Ueberschau (3. Bd. „der Diebstahl nach dem deutschen Rechte vor der Carolina") unwiderleglich bewiesen. Es ergibt sich dieß ferner aus den vielen dogmengeschichtlichen Erörterungen im ersten Theile des Systems, und es wird sich überdieß auch aus dem zu veröffentlichenden Nachlasse Köstlins ergeben.

Was sodann zweitens seine schriftstellerische Thätigkeit auf dem Gebiete des Strafverfahrens betrifft, so sehen wir ihn auch hier, ja hier noch mehr, als auf dem Gebiete des Strafrechts, mit gewaltiger Energie in den Entwickelungsgang dieses Rechtszweiges eingreifen. Mit klarem Blicke scheint er hier schon von Anfang an das wahre Bedürfniß der Zeit und das richtige Ziel der Reform erkannt zu haben. Während sehr viele Fachgenossen noch in der Mündlichkeit des Strafverfahrens das Ziel der

Reform erblickten, trat er schon mehrere Jahre vor 1848 in mehreren Abhandlungen (in Weil's constitutionellen Jahrbüchern, in der N. Jenaer Literaturzeitung, in den Jahrbüchern der Gegenwart, in der Deutschen Vierteljahrsschrift und anderen Zeitschriften) mit größter Entschiedenheit für das Geschwornengericht in die Schranken. Er bezeichnet die Trennung der Juryfrage vonden übrigen Reformfragen als unnatürlich und unzweckmäßig, und nennt die Reform ohne Einführung des Geschwornengerichts eine verwerfliche Halbheit.

Aber auch auf diesem Gebiete bleibt er seinen Grundsätzen über wissenschaftliche Methode getreu, und bethätiget dieselben in den hieher gehörigen Schriften, indem er das neue Recht historisch verständlich (vgl. z. B. die Abh. im 12. Bande der Zeitschrift für deutsches Recht „über die Entstehung und Fortbildung der Jury auf englischem Boden") zu machen und philosophisch zu begründen sucht.

Sein Hauptwerk auf diesem Gebiete ist die 1849 erschienene Schrift „der Wendepunkt des deutschen Strafverfahrens im 19 Jahrhundert, kritisch und geschichtlich beleuchtet nebst ausführlicher Darstellung der Entstehung des Geschwornengerichts". Der Verfasser liefert darin eine principielle, auf Geschichte und Philosophie beruhende Kritik der gemeinrechtlichen Proceßtheorie, stellt die Grundgedanken des germanischen Strafverfahrens in ihrer geschichtlichen Entwickelung dar, unterwirft insbesondere die Entwickelung des deutschen (und französischen) Beweisrechts im Mittelalter einer genaueren Untersuchung, und schließt mit der Geschichte des englischen Strafverfahrens und des Geschwornengerichts.

In einer für populäre Schriftstellerei mustergültigen Schrift unter dem Titel „das Geschwornengericht für Nichtjuristen" (Tübingen 1849) legte er die Ergebnisse dieser Untersuchungen in ihrem praktischen Gehalte auch dem nicht rechtsgelehrten Publicum vor. Der Verfasser gieng dabei von der Ansicht aus daß, je wichtiger das Geschworneninstitut, desto nothwendiger es auch sey, das Wesen und die Aufgabe der Jury richtig aufzufassen. Der Absatz dieser Schrift war sehr bedeutend, und es wäre in hohem Grade wünschenswerth daß sie im größeren Publicum noch fortwährend weitere Verbreitung fände.

Was die äußern Lebensschicksale Köstlins betrifft, so überschreiten sie nicht jene Gränzen, innerhalb deren das äußere Leben

eines deutschen Professors zu verlaufen pflegt. Wir beschränken uns darauf, anzuführen daß K. im Jahre 1848 Mitglied des Jenenser Professorencongresses war und im Jahre 1851 nach Hepp's Tode zum ordentlichen Professor ernannt wurde.

Nach der Veröffentlichung jener beiden processualischen Schriften beginnt Köstlins letzte Lebensperiode. Sie war der Ausführung jener Plane gewidmet, welche er in der Vorrede zur „neuen Revision" mitgetheilt hatte. Er wollte eine ausführliche historisch-dogmatische Darstellung des heutigen deutschen Strafrechts liefern, — ein Unternehmen, wozu er unstreitig, wie irgend ein anderer, die erforderliche Befähigung und Berechtigung besaß.

Zunächst nöthigte ihn der Umstand, daß die „Neue Revision" vergriffen war, zu einer neuen Bearbeitung des allgemeinen Theils. Die Anforderungen, die er sich selbst bei dieser Arbeit stellte, sind die höchsten die hiebei überhaupt gestellt werden können. Als Frucht gieng aus dieser Arbeit im Jahre 1854 (Vorwort d. d. 1 Juni 1854) der erste Band des Systems des deutschen Staatsrechts hervor. Wie er mit diesem Werk jenen Anforderungen gerecht geworden, bedarf wohl nach dem, was darüber schon früher an diesem Orte gesagt wurde, keiner weiteren Erörterung. Angesichts der Anerkennung welche dieser Leistung von Männern, wie Osenbrüggen, v. Arnold, Goltdammer und andern zu Theil wurde, und angesichts des großen Beifalls, den dieselbe namentlich auch bei den Praktikern fand, konnte die Mißstimmung, welche Köstlin der anonyme Schmähartikel in dem Leipziger literarischen Centralblatt von Zarnke verursachte, doch nur eine leicht vorübergehende seyn.

Mit großer Spannung sah nun die juristische Welt dem Erscheinen des besonderen Theiles des Criminalrechts entgegen. Man war berechtigt, auch hierin wieder ein Werk ersten Ranges zu erwarten, und glaubte sich schon im voraus der Freude über den neuen Gewinn der Wissenschaft mit aller Zuversicht überlassen zu können. Hoffen und Verlangen stiegen noch höher, als in den bereits eben angeführten Abhandlungen offenbar wurde, welchen kolossalen Umfang die Studien und historischen Vorarbeiten zu dem beabsichtigten Werke angenommen.

Allein es war zu spät! Die bereits im tiefsten Grunde erschütterte Lebenskraft konnte die übergroße Aufgabe nicht mehr

bewältigen. Hätte Köstlin nach Veröffentlichung seiner beiden oben erwähnten proceßrechtlichen Schriften alle Zeit und Kraft der Herstellung seines Systems gewidmet, so hätte er uns dasselbe sicherlich vollendet hinterlassen. Da dieß nicht der Fall ist, so müssen wir es tief beklagen, daß er sich von dem wichtigen Unternehmen zu wiederholtenmalen durch anderweitige literarische Arbeiten abziehen ließ. Ohne dem Werthe dieser Arbeiten im geringsten zu nahe treten zu wollen, dürfen wir doch behaupten, daß dieselben kein Aequivalent für das vollendete System sind.

Schon während der Vollendung des allgemeinen Theils trat das Lungenleiden, welches schon den jungen Docenten bedroht hatte, aufs neue in höchst bedenklicher Weise hervor Durch übermäßige Anstrengung war dasselbe aus 12jährigem Schlafe geweckt worden und leistete nun aller erdenklichen Bekämpfung unüberwindlichen Widerstand. Zwar trat gegen Ende des J. 1855 noch einmal einige Besserung ein, und der Kranke schöpfte aus der theilweisen Wiederkehr seiner ehemals so klangvollen Stimme Hoffnung, daß er im folgenden Sommersemester auf's neue den Katheder besteigen könne. Aber schon im Februar 1856 brach das Uebel mit neuer und größerer Heftigkeit hervor und zehrte die noch übrige Lebenskraft in sichtbaren Fortschritten auf; im Herbste kam der unerbittliche Schnitter und trauernd standen Kunst und Wissenschaft am Grabe ihres reich begabten, getreuen Priesters. Im Sommer 1853 hielt er zum letztenmale Vorlesungen, und es war für den 42jährigen Verfasser des Systems des deutschen Strafrechts eine harte Prüfung, noch lebend es anderen überlassen zu müssen, nach seinem Werke Vorlesungen zu halten. R. Köstlin folgte seinem im März 1855 verstorbenen Vater in der Nacht vom 13 auf den 14 September 1856.

Fassen wir zum Schlusse noch einmal die ganze Persönlichkeit Köstlins ins Auge, so sehen wir einen Mann, reich begabt von der Natur und reich an Thaten des Geistes, welche nicht ohne Einfluß auf das intellectuelle Leben der Mit- und Nachwelt geblieben; wir sehen einen Mann, beseelt von heißem Eifer für das Wahre, Gute und Schöne, einen Mann von sehr energischem Charakter, rücksichtslos für seine Ueberzeugung kämpfend, eine ächte, kräftige Schwabennatur, dabei freisinnig nach Maßgabe wissenschaftlicher Ueberzeugung und von offenem Herzen für das

große deutsche Vaterland. Die Förderung der Strafrechtswissenschaft war die Hauptaufgabe seines Lebens und, obwohl dieses so sehr gekürzt worden, so sichern ihm seine Werke doch einen unvergänglichen Namen in der Geschichte dieser Wissenschaft.

München, 16 Februar 1857.

Dr. Friedrich Walther.

VI.

Kurze Anzeigen.

1) Die Zinswuchergesetze vom Standpunkte der Volkswirthschaft, der Rechtswissenschaft und der legislativen Politik, beleuchtet von Carl Braun, Hofgerichtsprocurator und Mitglied der nassauischen Ständeversammlung, und Max Wirth zu Wiesbaden. Ein Wort an die deutschen Gesetzgeber. Mainz, Verlag von Victor von Zabern 1856. 8. S. 234 *).

Die Verfasser bezeichnen in der Vorrede als ihre Absicht, darzuthun daß die Wuchergesetze, mögen sie in einer bloßen generellen Beschränkung des Zinsfußes auf ein gesetzliches Maximum bestehen, oder in Androhung von Strafen für dessen Ueberschreitung, für das allgemeine Wohl nachtheilig, die öffentliche Moral untergrabend, mit den Grundsätzen der Rechtswissenschaft im Widerspruch und mit einer vernünftigen legislativen Politik unverträglich seyen.

Ehe die Verfasser zu dem eigentlichen Gegenstande ihres Werkes übergehen, suchen sie zunächst S. 1 — 85 die Begriffe von Werth, Preis, Geld, Capital, Eigenthum, Arbeitslohn, Concurrenz und Herkommen und Gewinn festzustellen; sodann lassen

*) Wir haben die hier folgende Anzeige aufgenommen, um auch einer anderen Auffassung als derjenigen welche oben Bd. III. S 301 vertreten ist, Raum zur Erörterung zu geben. Allseitig erörtert ist die so wichtige Frage weder in der einen noch in der andern Schrift; da sie einer gründlichen und tiefen Behandlung eben so würdig als bedürftig ist, so wünschten wir durch diese unsere Mittheilungen zu derselben anzuregen und sie zu fördern.

die Verfasser ihr Werk in folgende Abschnitte zerfallen: vom Zinswucher im allgemeinen S. 85. Rechtsgeschichte des Zinswuchers 96. Rechtsbegriff des Zinswuchers S. 125. die Bedenken bezüglich der Beweisführung über den Zinswucher S. 162. Moderne Gesetzgebungen gegen den Wucher S. 174. Wuchercasuistik S. 190. Praktische Wirkungen der Wuchergesetze S. 205. Schlußfolgerungen und Reformvorschläge S. 220.

Sehr richtig sagen die Verfasser der S. 88, daß nur wenige Menschen geneigt seyen ein gegebenes Gesetz zu übertreten, und der Strafe desselben sich auszusetzen, und daß daher durch die Wuchergesetze das Geschäft des Ausleihens in die Hände von unedlen Menschen, welche allerdings die Noth ihrer Mitmenschen mißbrauchten, gerathen müsse; solche Menschen seyen in der That Wucherer; aber niemand schaffe sie als das Gesetz selbst, welches alle ehrbaren Leute von dem Geschäfte des Geldverleihens verscheuche.

Außerdem aber kann bei eintretenden Geldkrisen das Geld so gesucht seyn, daß, selbst wenn der Darleihende weder das Risico, noch den Umstand, in Anschlag bringt, daß er bei dem Ausleihen an Privatpersonen nicht so bald wieder über sein Capital verfügen kann wie bei Staatspapieren, er ohne Schaden nicht zu dem gesetzlichen Zinsfuß ausleihen kann. Wenn 5procentige Staatspapiere, die jedenfalls eine bessere Garantie als Schuldscheine der Privaten bieten, unter Pari stehen, so kann man niemanden zumuthen Capitalien zu 5 Procent zu verleihen.

Bei geringeren Summen, und auf kürzere Zeit steht, abgesehen von dem Risico, überdieß der gesetzliche Zinsfuß außer allem Verhältniß zu der Mühe und den Umständen, welche das Darleihen dem Darleihenden verursacht. Es sucht z. B. jemand zu einer vorzunehmenden Reise oder zu anderen Zwecken ein Darlehen von 25 — 30 fl. auf 3 — 4 Wochen. Der gesetzliche Zinsfuß von diesem Gelde würde auf diese Zeit 5 — 7½ kr. betragen: wer dem Darlehnsuchenden nicht aus Wohlwollen oder Freundschaft helfen will (und wer diese Gesinnungen hegt, wird in einem solchen Falle keine Zinsen nehmen), wird sich gewiß nicht durch einen solchen Zinsenbetrag zur Hingabe des Darlehns bestimmen lassen.

In dem letzten Abschnitte stellen die Verfasser der genannten Schrift folgende Grundsätze auf:

1) „Principiell gerechtfertigt könne eine Feststetzung des Zinsfußes nur in solchen Fällen erscheinen, in welchen die Frage, daß Zinsen zu entrichten, feststehe, ohne daß die Höhe der Interessen vertragsmäßig festgesetzt sey. Hier könne man die Zinsen auf 5 Procent fixiren.

2) Vorausgesetzt daß die Hypothekenordnung eine solche sey, daß sie die größte nur denkbare Sicherheit gewähre, dürfte es auch hier gerechtfertigt seyn, für die auf gesetzlichem Wege durch erste Hypotheke gesicherte Forderung, die jedoch einer periodischen Revision zu unterziehen wäre, (einen gesetzlichen Zinsfuß) einzuführen.

3) Da in der Regel die ärmeren Volksclassen den Uebervortheilungen durch Zinsverträge am meisten ausgesetzt seyen, so ließe sich bei Darlehnssummen von weniger als 100 Gulden die Fixirung eines in gewissen periodischen Zeiträumen zu revidirenden Zinsfußes je nach den örtlichen und zeitlichen Voraussetzungen rechtfertigen.

4) Ebenso ließe sich aus Gründen der öffentlichen Wohlfahrt, um das zu starke Anlaufen der Zinsen zu verhüten, rechtfertigen, die Berechnung von Zinseszinsen, mit Ausnahme der kaufmännischen Contocorrent-Berechnung zu verbieten, und die Verjährung der Zinsen an eine kurze Frist von etwa 4 Jahren zu binden.

5) Ebenso sey es gerechtfertigt, den Lauf von Verzugszinsen auf eine gewisse Dauer von Jahren zu beschränken“.

Nach Ansicht der Verfasser sind hiermit alle Beschränkungen erschöpft, welche sich rechtfertigen lassen, und sie glauben namentlich von jeder strafrechtlichen Verfolgung auf das entschiedenste abrathen zu müssen.

Auch wir sind der Ansicht daß sich in keiner Weise gegen den Zinswucher eine strafrechtliche Verfolgung rechtfertigen lasse. Denn nur gegen solche Handlungen läßt sich eine Strafandrohung rechtfertigen, gegen welche der civilrechtliche Zwang keinen hinreichenden Schutz gewährt (v. Preuschen, Beiträge zur Lehre von dem strafbaren Betruge und der Fälschung S. 23 und ff.). Gegen den Zinswucher kann aber der civilrechtliche Zwang hinreichend Schutz gewähren! Denn glaubt der Staat sich als Beschützer leichtsinniger oder bedrängter Schuldner berufen, so ist es vollkommen ge-

nügend das Versprechen von mehr als den gesetzlichen Zinsen für ungültig zu erklären und das Klagrecht hierauf zu versagen. Wenn daher der Verfasser der in Bd. III. S. 301 dieser Zeitschrift bereits angezeigten Schrift Fälle angeführt hat S. 8—19, wo Wucherer die Noth eines bedrängten Schuldners benutzten, um ihn zu Grundezu richten, indem sie letzterem nur unter der Bedingung ein Darlehn gaben, daß der Schuldner auf ein anderes Geschäft z. B. einen Kaufcontract unter höchst nachtheiligen Bedingungen mit ihnen abschloß, oder unter gleichen Bedingungen dem Schuldner einen Ausstand ertheilten, so würde es überhaupt eine schwierige Aufgabe für den Gesetzgeber seyn, den Schutzpatron für jeden, der sein Vermögen auf leichtsinnige Weise vergeudet, zu machen; und wenn er dieses will, so ist es bei dem verkleideten Zinswucher vollkommen hinreichend, solche dem Schuldner nachtheilige Geschäfte, welche der Gläubiger durch Versprechen eines Darlehns oder Ertheilung eines Ausstandes abgelockt, für ungültig zu erklären; wie denn auch bei Kaufverträgen eine Verletzung über die Hälfte nur civilrechtliche Folgen nach sich zieht; und gewiß wird durch das leichtsinnige Verschleudern von Immobilien eine Familie ebensowohl und noch eher zu Grunde gerichtet, als durch das Leihen auf hohe Zinsen. Findet es aber eine Gesetzgebung bedenklich, Verträge des Gläubigers mit dem Schuldner, welche neben dem Darlehn stattgefunden haben, wenn sie letzterem nachtheilig sind, ohne weiteres aufzuheben, so muß es noch weit bedenklicher seyn, wegen solcher Geschäfte, die nicht einmal auf civilrechtlichem Wege für ungültig erklärt werden können, sogar eine Strafe zu verfügen.

Nach dem bisherigen ist zur Genüge dargethan, daß sich Strafgesetze gegen den Zinswucher weder vom nationalökonomischen noch vom rechtlichen Standpunkte aus rechtfertigen lassen; da, selbst wenn der Staat eine Zinsbeschränkung eintreten lassen will, die Civilgesetzgebung vollkommen ausreichend ist; aber selbst bei Erlassung eines Civilgesetzes sollte man darauf Rücksicht nehmen: 1. daß bei eintretenden Geldkrisen der gesetzliche Zinsfuß erhöht werden könnte; 2. daß bei geringeren Summen auf kürzere Zeit ein höherer Zinsbetrag als der für gewöhnliche Fälle festgesetzte stipulirt werden dürfte.

Ein anderes Mittel den Zinsfuß im Interesse der Geldbe-

dürftigen herabzudrücken wäre: die Hebung des Credits durch Erlassung eines strengen Proceßgesetzes bei Beitreibung von Zins- und Capitalforderungen, bei welchen der Gläubiger durch öffentliche Urkunden den vollständigen Beweis seiner Ansprüche führen kann. Mag für die Forderung eine Hypothek bestellt seyn, oder mag der Gläubiger nur einen von einer öffentlichen Behörde beglaubigten Schuldschein besitzen — in beiden Fällen müßte ein rasches Verfahren stattfinden und der Appellation der Suspensiveffect versagt seyn*).

Dr. Frhr. v. Preuschen.

---

2) De natura principiorum juris inter gentes positivi. Diss. inaug. quam conscr. *Augustus Bulmerincq.* Dorpati Livonorum 1856. 8. Typis Henr. Laakmanni VIII. und 64 S.

Als wir unseren Bericht über die neueste Literatur des Völkerrechts erstatteten (Bd. IV. S. 88), war uns die obige Abhandlung noch nicht bekannt; wir glauben nachträglich unsere Leser darauf aufmerksam machen und ihnen eine gedrängte Uebersicht ihres wesentlichen Inhalts geben zu sollen, da sie eine der wichtigsten Fragen des Völkerrechts zum Gegenstande hat. Der Verfasser beschäftigt sich nämlich in derselben mit der Frage, welches das oberste Princip des Völkerrechts sey. — Den ersten und überwiegenden Theil der Schrift (S. 1 — 51) bildet eine klar gedachte und gut entwickelte Kritik der seit Gagerns „Kritik des Völkerrechts," d. i. seit 1840 erschienenen Versuche zur Beantwortung der behandelten Frage (namentlich der von Pütter, Kaltenborn, Fallati, Hälschner u. a.). Er weist nach daß die einen, wenn sie die Völkergemeinschaft, sowie andere, wenn sie das gemeinsame Rechtsbewußtseyn der Völker zum Grundprincip ge-

---

*) Vergl. noch eine auf diesen Gegenstand bezügliche Mittheilung („die Aufhebung der Wuchergesetze betr.") in der allgemeinen Gerichtszeitung für das Königreich Sachsen ꝛc. Jahrg. 1857 S. 97—102.

Die Red.

macht haben, sich im Irrthum befinden, indem die erstere zwar die Basis, das letztere die Quelle, aber nicht das oberste leitende Princip des Völkerrechts bilden könne, und kommt darnach zu dem Ergebniß daß die Aufgabe, um welche es sich handle, bis jetzt nicht gelöst sey.

In der letzten Abtheilung (S. 52 — 64) wendet sich der Verfasser dazu, uns seine Ansicht über die Art der Lösung darzulegen. Diese ist nun, wenn wir nicht irren, in Kürze folgende: das Völkerrecht hat, übereinstimmend mit dem Rechte im allgemeinen, seine Quelle in dem Rechtsbewußtseyn, wie es in den verschiedenen Völkern lebt und in ihren Thaten sich ausspricht. Aus dieser Quelle muß darum auch das leitende Princip des Völkerrechts geschöpft werden, indem man von den einzelnen Aeußerungen des Rechtsbewußtseyns auf das zu Grunde liegende Allgemeine schließt. Um aber auf diesem Wege das gesuchte Princip zu finden, dazu ist vor allem eine genaue und vollständige Geschichte der internationalen Beziehungen von den ältesten Zeiten bis auf die Gegenwart erforderlich, wobei die geschichtliche Entwickelung der Thatsachen und Ereignisse, und die der Ansichten und Lehrmeinungen der Theorie gesondert, wenn auch mit Rücksicht auf den Einfluß den die beiden Momente auf einander geäußert, zu behandeln sind. Eine solche Geschichte existirt zur Zeit freilich noch nicht; das Werk von Laurent ist einerseits noch nicht vollendet und erscheint dem Verfasser anderseits nicht genügend, da es mehr eine allgemeine Völkergeschichte als eine Geschichte des Völkerrechts gebe*). Eine Folge dieser Anschauung unseres Autors ist es, daß es nach ihm zur Zeit noch nicht möglich sey, sich mit Bestimmtheit über das Grundprincip des Völkerrechts auszusprechen.

Es ist hier nicht unsere Absicht, die Richtigkeit der vom Verfasser aufgestellten Sätze zu untersuchen und darüber ein Urtheil zu fällen; wir wollten nur dazu beitragen, daß sie bekannt und in weiteren Kreisen gewürdigt werden. Nur das müssen wir bemerken,

---

*) Der Verfasser verspricht (S. 58) sich über die Arbeit von Laurent, so wie über die sonstigen geschichtlichen Versuche in einer eigenen Schrift näher zu erklären, und verheißt uns (S. 62) eine genauere Darlegung seiner Ansicht über die Bedeutung der Philosophie im Völkerrecht.

daß der Verfasser nicht folgerichtig verfahre, wenn er dem Buche von Heffter den Mangel eines bestimmten leitenden Grundsatzes an mehreren Stellen zum Vorwurfe macht. Wir hätten es erklärlicher gefunden, wenn er gerade das Heffter'sche Werk als einen Beweis für die Wahrheit seiner Darstellung aufgeführte hätte*).

P.

---

8) Fr. Noellner, das monarchische Princip und die deutschen Staatsverfassungen der neueren Zeit. Braunschweig 1856.

Der Verfasser dieses Buches, welches „für die Träger allgemeiner deutscher Bildung", und unter diesen vorzugsweise für die Beamten geschrieben worden ist, hat sich keine geringere Aufgabe gewählt, als die principielle Reform der deutschen Verfassungszustände. Da wir des leeren Geredes über so wichtige Dinge schon zu viel gehört haben, so fordern wir nun von jedem, der ein wissenschaftliches Wort darüber ergreifen will, etwas mehr als bloße Klagen, Hoffnungen, Versicherungen, Erinnerungen, Gefühlsergießungen und dergl., wir verlangen vor allen Dingen von ihm Verstand; wir wollen Verstand in der Prüfung der wirklichen Zustände mit ihren Mängeln und ihren Ansätzen zur Besserung, und Verstand in der Erwägung der Mittel, diese herbeizuführen. Wenn dieser Verstand sichtbar ist, dann nur gewinnen wir Vertrauen, und folgen dann auch ohne Widerstreben dem Schwung der Begeisterung für die Größe und Herrlichkeit des Vaterlandes, ohne jene Voraussetzung aber kann uns diese nur ein kaltes, im günstigsten Falle ein wehmüthiges Lächeln entlocken. Sehen wir zu, inwiefern unser Verfasser dieser Anforderung genügt hat.

Dem tief und allgemein gefühlten Mangel an Einheit, in Folge dessen dem Mangel an Macht, an dem Deutschland unläugbar leidet, verleiht er an vielen Stellen einen lebhaften Ausdruck. Die Zersplitterung der deutschen Macht gilt auch ihm als das schwerste nationale Uebel. „Es gibt kein Land in Europa,

---

* Eine andere Abhandlung über diese Materie (*Audisio* Guglielmo Prof. juris naturae et gentium fundamenta Napoli 1856. 8.) konnten wir bisher nicht erhalten.

dessen Bewohner auf gleicher Stufe der Cultur stehen, welche von so gleicher Abstammung sind, deren Charakter so sehr übereinstimmt, deren Dialekte so wenige Verschiedenheit darbieten, als Deutschland, und dennoch gibt es auch kein Land in Europa, in welchem der Particularismus mehr die Einheit gefährdet" (S. 40). „Alle politischen Parteien erkennen die Nothwendigkeit nationaler Einheit an, auch die deutschen Souveräne haben sie zum Princip erhoben" (S. 41). „Deutschland darf und muß es fordern daß ein wahrhaftes Gesammtwesen seine Staaten umschließe und seine einzelnen Glieder zu einem lebendigen Körper verbinde" (S. 14). „Durch alle Gemüther zieht die Sehnsucht nach einem, an innerer Gemeinschaft wachsenden Deutschland, das nach außen mächtig und geehrt, nach innen erhaben und einträchtig sey; es ist dieses der populärste und gewaltigste Gedanke, der in unserm Volke lebt, ja er ist der einzige, der noch außerhalb und über den Parteien steht, der einzige, dem sich die Gegensätze des Stammesunterschiedes, der kritischen Scheidung, der politischen Doctrinen unterordnen" (S. 61).

Sicher hat dieser Drang nach Einigung und nach einer, der innern nationalen Größe entsprechenden, Machtgestaltung und Machtentwicklung Deutschlands seit dem Jahr 1848, vorzüglich in den gebildeten Classen, nicht ab-, sondern eher zugenommen. Die Scham über die klägliche Haltung der in sich gespaltenen mitteleuropäischen Macht während des orientalischen Krieges ist in dem Gemüthe der Nation tief empfunden worden. Aber wenn es wahr wäre, daß alle bereit seyen, ihre Sonderstellung der ersehnten Einheit unterzuordnen, so wäre der heutige Mangel an dieser Einheit eine Unmöglichkeit. Das Uebel, das geheilt werden soll, bleibt demnach völlig unerklärt. Wer hier als Arzt auftreten will, muß aber wissen wo das Uebel sitzt, und wie tief und breit es sitzt. Wir haben schon einmal erfahren daß der leidenschaftliche Eifer für die „Einheit" uns zu erneuerter Zwietracht führen könne. Es hilft daher nichts, jenes Verlangen zu wiederholen, wenn man nicht weiß, welche Schwierigkeiten zu überwinden und wie dieselben zu überwinden sind.

Der deutsche Bund, wie er ist, genügt den Wünschen des Verfassers natürlich nicht. „Schon bei Stiftung des Bundes wurden die gerechten Erwartungen der Nation nicht erfüllt"

(S. 404). „Von Anfang an trat die absolute Nullität des deutschen Bundes in den äußeren Beziehungen hervor, die Nation wurde dadurch aufs tiefste verletzt. Aber auch hinsichtlich der innern Angelegenheiten, für Entwicklung der Kräfte und zur Wohlfahrt der Nation geschah so gut wie nichts" (S. 405). Er erinnert daran daß der politische Ausschuß der Bundesversammlung selbst am 8 März 1848 das Bekenntniß abgelegt habe, „daß der deutsche Bund und sein Organ, die Bundesversammlung, längst schon das allgemeine Vertrauen in ihre gedeihliche Wirksamkeit verloren habe." Und er wirft dann die Frage auf „und wie ist es heute? Was ist geschehen, um jene Urtheile aus der Mitte des Bundes für die Folge abzuwenden?" (S. 406.) Man kann dem Verfasser nach solchen Aeußerungen keine übermäßige Vorliebe für die Bundesinstitution vorwerfen, und trotzdem verlangt er daß die Verfassungen der Einzelstaaten durch Beseitigung der Volksvertretungen in Uebereinstimmung gebracht werden mit der Bundesverfassung, in welcher es auch keine Volksvertretung gebe. Der Bund beruht nach ihm auf einem „Grundvertrag", die Einzelverfassungen dagegen nur auf „Winkelverträgen" (S. 49). Der Widerspruch zwischen diesen und jenen muß daher gehoben werden durch Zerstörung dieser (S. 39). Nachdem einstmals ein Dorf vom Feinde zerstört war, bauten sich die Hausväter neue Häuser, je nach ihrem Vermögen, die einen große, die andern kleine, nach der Weise der Zeit mit vielen Fenstern. Aber über den Bau des Rathhauses konnten sie sich nicht einigen. Inzwischen benutzten sie den dunkeln Raum eines alten Thurmes zu den Zusammenkünften ihrer Vorsteher. Diese fühlten sich weder besonders behaglich, noch auch recht sicher in dem unwohnlichen Gemäuer. Aber weil sie über den Neubau stritten, mußten sie sich zur Noth damit behelfen. Da trat ein kühner Reformer auf und gab folgenden Rath: Einheit thut dem Dorfe vor allem noth und Harmonie des Baustyls ist, was uns fehlt. Mauern wir daher die Fenster auch in den neuen Häusern zu, und machen wir sie so dunkel wie den alten Thurm, dann ist uns geholfen. Die Vorsteher schüttelten bedenklich die Köpfe, und die übrigen Dorfbewohner lachten über den wunderlichen Rath.

Mit ganz besonderm Eifer spricht R. seinen Haß gegen die Repräsentativverfassung aus. Er sieht darin das Ver-

derben unserer Zeit, die Schwächung der Staatsgewalt, das demokratische Princip, die Volkssouveränetät, die Revolution (S. 88, 329, 381, 485 u. s. f.). „Das Alterthum kannte das Repräsentativsystem nicht" (S. 31). Allerdings nicht. Aber das Alterthum kannte gesetzgebende Volksversammlungen. Eben dadurch unterscheidet sich die moderne Verfassung von der antiken, daß sie die rohe Volksversammlung durch die civilisirte repräsentative Versammlung ersetzt und veredelt hat. Jene und diese stellen die staatlich geordnete und politisch berechtigte Nation dar: aber jene noch in primitiver Massenhaftigkeit, unbeholfen und schwerfällig, diese in höherer Potenz, im Auszug der wichtigeren und fähigeren Vertreter. Die Repräsentation ist nicht, wie R. annimmt, ein Collectivmandat von Individuen, sondern ein lebendiges Abbild des Volksganzen nach seiner politischen Gliederung. Der menschliche Geist hat viele Jahrhunderte hindurch daran gearbeitet, diese veredelte Form auszubilden. Die Repräsentativverfassung ist daher der große Fortschritt der Civilisation, der zwar noch nicht zur Vollendung gekommen, aber trotz der noch fühlbaren Unvollkommenheit das Gepräge einer höheren politischen Bildung, als das Alterthum gekannt hat, an sich trägt. Wem das noch nicht klar geworden ist aus der europäischen Verfassungsgeschichte, der hat den Beruf nicht als Rathgeber in modernen Verfassungsangelegenheiten aufzutreten. Dieser repräsentative Charakter der modernen Staatsform gehört auch nicht Einer besondern Regierungsweise an. Wir finden ihn allenthalben wieder, in der Monarchie, in der Aristokratie und in der Demokratie. Nur die Despotie und theilweise die Dictatur sind mit ihr unverträglich. Die erstere ein für allemal, die letztere für die außerordentlichen Zeiten, in denen sie ihre Berechtigung findet. Wie es monarchisch, aristokratisch und demokratisch geartete und organisirte Völker gibt, so gibt es auch monarchische, aristokratische und demokratische Repräsentativkörper.

Von dem monarchischen Princip aus kann also vernünftigerweise nur gegen gewisse repräsentative Bildungen Einsprache erhoben werden, nicht, wie der Verfasser das beständig thut, gegen die Repräsentativverfassung selbst. Er thut das ohne alle Unterscheidung und kommt so mit sich selbst in die sonderbarsten Widersprüche. So z. B. verwirft er den ganzen Gedanken der Repräsentation

als einer „leeren Fiction" (S. 23) und stellt den Satz Friedrichs des Großen: „Le souverain *représente* l'Etat" als Motto an die Spitze seines Buches, ohne zu bedenken daß dann auch diese Repräsentation durch das Staatshaupt „leere Fiction" seyn müßte.

Der Titel des Buchs weist darauf hin, daß das „monarchische Princip" der Kern desselben sey. Wir haben daher erwartet über dieses Princip irgend welche nähere Aufschlüsse zu finden, und wir haben wohl an vielen Stellen bemerkt, daß der Verfasser seine monarchische Gesinnung angelegen zur Schau trage, aber wir sind nicht klug daraus geworden, was derselbe unter dem monarchischen Princip verstehe, und noch weniger, wie er von da aus die Heilung der deutschen Zustände begründe.

Er erklärt sich ausdrücklich gegen die Verwechslung des monarchischen Princips mit dem Absolutismus (S. 29). „Der Absolutismus kann für die Dauer nicht mehr bestehen, weil der Einheitspunkt, welchen die Entwickelung der Nationalität erzeugt, auf Intelligenz beruhen muß." (Soll das ohne Phrase heißen: der Absolutismus kann nicht mehr bestehen, weil der heutige Monarch nothwendig ein intelligenter Mann seyn muß, und der intelligente Mann den Absolutismus verschmäht? so ist das entweder die Plattheit: der Absolutismus ist nicht mehr möglich, weil er nicht mehr möglich ist, oder es ist Unwahrheit, da das Erbrecht in sich keine Garantie für fortgesetzte Intelligenz gewährt.) Der Verf. bezeichnet den Monarchen mit Friedrich dem Großen als den „ersten Staatsdiener" im Gegensatz zu Ludwig XIV, der in dem Monarchen den „Staat selbst" erblickte. Man sollte denken, daß er consequenterweise nun politische Rechte auch der übrigen Bestandtheile des Volkes anerkenne. Er kann doch unmöglich meinen, daß alle politische Intelligenz nur in dem Einen Monarchen und etwa noch in seiner nächsten Umgebung am Hofe und in dem Ministerium eingeschlossen, alle andern Männer aber derselben von Natur unfähig seyen. Wie hätte er sonst sein Buch schreiben können! Aber doch will er von jener Consequenz nichts wissen. Nur der erste „Staatsdiener" (der Monarch und seine Minister) sind nach ihm intelligent genug, um die Gesetze zu erlassen, das übrige Volk darf seine Intelligenz höchstens in Rathen und Wünschen äußern, aber es darf nicht mitwirken wo es sich da-

rum handelt seine eigenen Verhältnisse zu ordnen. Da geht ihm jede Intelligenz aus (S. 425 ff.).

Auch wir sind der Ansicht, daß die Art wie gegenwärtig die Gesetzgebung in manchen Staaten betrieben wird, an sehr erheblichen Mängeln leide. Es kommt nur zu häufig vor, daß die Gesetze nicht wie Kunstwerke sondern wie Fabrikartikel behandelt werden. Der Werth der Initiative, der nur durch vortreffliche Entwürfe zu erhalten ist, wird oft von den Regierungen selbst sorglos preisgegeben, und die Kammern beschäftigen sich nicht selten, statt mit der Würdigung der Gesetzesanträge im Großen und Ganzen von dem Standpunkte der allgemeinen Interessen aus, geradezu mit der Redaction und Umarbeitung der Entwürfe in allen Detailbestimmungen, und schwächen so die Autorität der Regierungen und büßen zugleich, indem sie bei solcher Arbeit sich und das Publicum ermüden, auch einen Theil des öffentlichen Vertrauens ein. Aber wie hoch man immer diese Mängel anschlage, sie sind keine nothwendige Folge des Rechtes der Kammern auf Zustimmung zu den Gesetzen. Und auf dieses Recht hat das deutsche Volk in allen Stadien seiner Geschichte, mit einziger Ausnahme der letzten absolutistischen Periode, welche die Revolution vorbereitet hat, immer einen Werth gelegt, und dasselbe immerfort geübt. Wer daher die deutsche Nation befriedigen will, der darf nicht Rechte antasten, die mit ihr selbst aufgewachsen sind, die man ihr nicht nehmen kann, ohne zugleich ihr politisches Bewußtseyn zu kränken, ihre männliche Würde zu brechen und das Gefühl der politischen Entehrung über sie zu verbreiten.

Unwillkürlich ist mir bei der Lectüre dieser Schrift folgender Gedanke gekommen, und vielleicht ist das anderen Lesern ebenso ergangen; vielleicht ist all dieser Eifer wider Repräsentation, Constitutionalismus, Antheil der Kammern an der Gesetzgebung u. s. f. bloßer Schein. Der Verfasser ist ein aufrichtiger und zum Fanatismus geneigter Verehrer deutscher Einheit. Das monarchische Princip in seiner Einheit und Reinheit auf Deutschland angewendet heißt deutsches Königthum, Kaiserthum. Der Verfasser weiß das, und spricht das auch als die letzte Consequenz seines ganzen Strebens aus. Um aber eine so große Veränderung durchzuführen, ist eine gewaltige militärische Dictatur Eines Fürsten nothwendig; und zu dieser kommt man nur wenn die

Verwirrung vorausgeht. Die Verwirrung aber ist sicher, wenn die Reaction überall die bestehenden Verfassungen angreift und zerreißt. Wie wenn der Verfasser gedacht hätte: „Haben erst die Fürsten gewaltsam die Volksrechte beseitigt, um die Einheit ihrer monarchischen Gewalt von diesen Beschränkungen zu befreien, dann ist Deutschland völlig reif, Einem Monarchen zuzufallen, der natürlich noch weniger Bedenken haben wird, dasselbe Princip wider die deutschen Fürsten zu kehren, und die ungetheilte Macht ohne Rücksicht auf bestehende Rechte anderer in sich zu concentriren".

Bei näherer Erwägung aber habe ich mich überzeugt daß der Verfasser doch keine so gefährlichen Plane trage, und nicht wisse, wohin die Befolgung seiner guten Räthe führe. Er hat in seinem Geiste eine solche Fähigkeit Widersprüche zu verdauen, daß er auch der Nation dieselbe Fähigkeit zuzutrauen von Natur geneigt ist.

Er schwärmt für das monarchische Princip im Geist des XVIII. Jahrh. mitten im XIX. Jahrhundert, er will die Monarchie im Sinne Friedrichs des Großen, auch wenn keine Monarchen nach Art Friedrichs des Großen zu finden sind. Er will die Rechte der Kammern in den Bundesstaaten der Einheit des Bundes zum Opfer bringen und dennoch die Theilung der Einen monarchischen Gewalt unter die Bundesglieder erhalten. Die Mitwirkung der Kammern bei der Gesetzgebung betrachtet er als Theilung der Souveränetät, während im Gegentheil die Einheit des gesammten gesetzgebenden Körpers (Haupt und Glieder) das Grundprincip des modernen Staats ist, und die wirkliche Theilung der deutschen Souveränetät unter die Aristokratie der Fürsten als Offenbarung der Monarchie. Er verwirft das göttliche Recht und den Absolutismus der Fürsten, und billigt das Verfahren in Hannover und Kurhessen, welches sich darauf stützt. Die alten Landstände, welche die Einheit des Staates wirklich bedrohten, sind ihm lieber als die neuen Kammern, welche diese Einheit anerkennen, und doch will er vor allen Dingen Einheit des Staates, Einheit der Monarchie.

Die Unklarheit und die innern Widersprüche dieser Vorstellungen wetteifern mit der Leerheit der Aussichten und Hoffnungen, die er eröffnet. Das Streben nach Einheit hat, wie er anerkennt, seine tiefen Wurzeln in dem Geist und in dem Bedürfnisse der Nation. Aber nicht von da aus, nicht mit Hülfe des Volkes will er die

Einheit erreichen. Dieses soll erst — wenigstens in der Gesetzgebung — stumm gemacht und gebunden werden. Die ganze deutsche Geschichte lehrt, daß die Einheit des deutschen Königthums durch die Aristokratie der Fürsten gebrochen wurde. Und er erwartet daß die Fürsten, wenn sie erst der Kammern los seyn werden, gerne wieder die deutsche Monarchie aufrichten und sich freiwillig dem neuen Könige unterordnen werden (S. 43 u. s. f.). — Er erwartet das, und erklärt zugleich Oesterreich für unfähig diese Einheit zu bringen, weil es dem kirchlich-hierarchischen Einfluß durch das Concordat sich hingegeben habe, das Deutschland nicht ertrage, und Preußen für unfähig, weil es selbst das Repräsentativsystem angenommen habe, und die deutschen Mittelmächte für unfähig, weil sie theils zu schwach theils constitutionell seyen (S. 135).

Das „monarchische Princip“ allein soll helfen, das monarchische Princip ohne Monarchen.

Wir haben dieses Buch einer einläßlichen Kritik unterworfen, nicht weil wir glauben, daß es eine große Bedeutung habe weder für die Wissenschaft noch für die Politik, sondern weil wir an diesem einen Beispiel, das für viele gilt, anschaulich machen wollten, wie wenig heutigen Tages Deutschland mit solchem — wir wissen nicht, sollen wir sagen Reform- — oder Reactionsgerede gedient sey. B.

---

4) Dr. H. Th. Schletter. Die Constitutionen Kurfürst August's von Sachsen vom Jahre 1572. Mit einem Nachtrage von Dr. F. A. Biener. Leipzig F. A. Brockhaus. 1857.

Diese auf gründlichen Untersuchungen ruhende Schrift eröffnet uns interessante Blicke in die Geschichte des innern Kampfes zwischen römischem und deutschem Recht während des XVI. Jahrhunderts, und hat daher nicht bloß für das sächsische Particularrecht eine Bedeutung. In dem ersten Theile derselben wird die Geschichte der Constitutionengesetzgebung aus den Quellen, zu gutem Theil aus handschriftlichen Quellen dargelegt. Die Absicht war nicht ein systematisches Gesetzeswerk herzustellen, sondern eine Anzahl von Controversen zu entscheiden, und dadurch für gleichmäßige

Handhabung und beziehungsweise Fortbildung des Rechts zu sorgen. Die gelehrt-römische Partei fand ihre Hauptstütze auf den Universitäten Leipzig und Wittenberg, aber auch unter den fürstlichen Räthen, die ungelehrt-deutsche suchte sich in den Schöppenstühlen zu erhalten und fand in der hergebrachten Autorität des Sachsenspiegels und des sächsischen Weichbildrechts doch auch einen wissenschaftlichen Anhalt. Der erste Anstoß zu den Constitutionen gieng von den Ständen aus, welche sich beschwerten „daß in den Schöppenstühlen ungleiche und widerwärtige Urtheile gesprochen werden", und baten daß der Kurfürst einige ausgezeichnete Juristen mit Ausschüssen der Landschaft, so der Landesbräuche kundig, dazu verordnen möchte, um für gleiches Recht zu sorgen. (Zuerst 1565). Der Kurfürst gieng bereitwillig darauf ein. Die Juristenfacultäten der Universitäten zählten eine Anzahl von Controversen auf, die Wittenberger 136 Bedenken, die Leipziger zunächst nur 9, aber daneben noch 86 Fragepunkte, zu denen später noch andere kamen. Auf dem Meißner Convent von 1572 kamen 249 Rechtsfragen zur Berathung, die zuvor auf einem Convent der beiden Facultäten vorbereitet waren. Der Kurfürst verlangte ausdrücklich daß das neue Gesetz in gemeinverständlicher *deutscher* Sprache abgefaßt werde, damit auch die Unterthanen es verstehen, und wirkte dadurch günstig auf die *nationale* Fortbildung des Rechts. Ein Theil der Constitutionen wurde in 4 Partes am 21 April publicirt, ein anderer Theil aber, die sogenannten constitutiones separatae, nur handschriftlich mitgetheilt, obwohl auch darüber der Convent sich geeinigt hatte und auch sie Rechtsautorität erhielten. Ein dritter Bestandtheil, die sogenannten constitutiones ineditæ dagegen ist nicht zu gesetzlichem Abschluß gediehen, obwohl einige derselben bereits als Entwürfe von Constitutionen redigirt sind.

Der zweite Theil der Schrift ist der *Quellenkunde* gewidmet. Der dritte aber, die *dogmengeschichtliche Charakteristik*, hat wieder ein allgemeines Interesse. Dieselbe ist systematisch geordnet, je nachdem sich die Constitutionen I. auf das *Privatrecht* beziehen, oder II. das *Civilrecht*, oder III. das *Criminalrecht* betreffen. Die privatrechtlichen Entscheidungen gehören entweder dem *römischen* oder dem *deutschen* oder dem besondern *sächsischen* Rechte an.

Das römische Recht wird von den sächsischen Juristen nicht in der

heutigen Weise verstanden, die überall den ursprünglichen römischen Sinn zu erkennen sich bemüht, sondern in der Weise der ältern Glossatorenschule, welche die antiken Rechtssätze in den veränderten Zuständen der spätern Zeit wieder zu erkennen vermeint, und so den aus alten und neuen Elementen gemischten Renaissancestyl hervorbringt. Immerhin aber hat die romanisirende Tendenz auch in Sachsen ihren Höhepunkt damals erreicht. Das Verhältniß des römischen zum sächsischen Recht wird in folgenden drei Sätzen bestimmt:

1) Das sächsische Recht ist das zunächst geltende, und das römische Recht tritt nur da ein, wo das sächsische nicht ausreicht.
2) Das römische Recht wird durch das sächsische abgeändert.
3) Bei der Frage über das Verhältniß beider Rechte zu einander im einzelnen Falle ist eine solche Auslegung vorzuziehen, durch welche eine Abänderung des römischen Rechts möglichst vermieden wird. B.

---

5) Einige Dorf-Weisthümer (Ban- und Bergteidinge) aus Mähren. Von P. Ritter v. Chlumecky. 8. 112 S.

Wir erhalten in diesem aus dem 17 Bande des von der kaiserlich-österreichischen Akademie der Wissenschaften herausgegebenen Archivs für Kunde österreichischer Geschichtsquellen besonders abgedruckten Werke von S. 54 bis 112 eine Sammlung von zwölf eben so interessanten als wichtigen Rechtsdenkmälern deutscher genossenschaftlicher Einrichtungen in Mähren, einem Lande wo deutsches Recht und deutsches Wesen so rasch Wurzel gefaßt und so herrliche Blüthen getrieben: man denke nur an die Brünner Stadt-, an die Iglauer Bergrechte, an die großen Culturfortschritte im 13. und 14. Jahrhundert, welche Mähren nebst den kirchlichen Einrichtungen seinem deutschen Rechte zu danken hat. Es sind im einzelnen nach der Zeit der dem Drucke zu Grunde liegenden Aufzeichnung: von 1402 uralte Weinbergrechte zu Seelowitz, von 1514 dy Gwanheit des Marktes Modrycz, von 1568 Stadtordnung für Meseritsch und für Krasna,

von 1574 Bergteidigungsbuch des Marktes Pöltenberg, von 1575 Rügung deß Aigenß Kalndorff, und Extract auß einer alten Rügung, von 1597 Ordnung für die Unterthanen des Königin-Klosters in Altbrünn, von 1604 die Rügung von Urbau, Mühlfrauner Rügung, Rausenbruckherische Rügung, und Oblasser Rügung, zuletzt zwischen 1594 bis 1652 Ban- und Nachteiding nach dem Olmützer Recht.

Wichtig ist insbesondere die erwähnte Rügung von Urbau, einem schon 1222 nicht unbedeutenden Dorfe, nicht weit von der österreichischen Gränze in den südlichen bei zwei Meilen breiten Gränzsaume, der sich vom Ursprung der böhmischen Thaya bis gegen Ungarisch-Hradisch hinzieht, wo urkundlich das deutsche Recht zuerst genannt wurde und sich schon in dem ersten Drittel des 13 Jahrhunderts verbreitet hatte, um dessen Banteiding der Verfasser eine eigene Untersuchung in eine theilweise ins Detail gehende Einleitung von S. 3 — 53 gruppirt, und woher er zunächst Veranlassung nahm sich weiter über Verhältnisse zu äußern welche wegen des Zusammentreffens deutscher Einrichtungen mit ursprünglich slavischen Zuständen von höchstem Interesse sind. Er überzeugte sich nämlich daß in Urbau ein Landgericht bestand, welches von nicht weniger als 23 Gemeinden der Umgebung besucht wurde, daß dieses für jene Gemeinden Oberhof, obwohl Urbau nur ein Dorf war, daß daher die Urbauer Rügung sich auf besondere in Mähren seltene Privilegien stützen mußte. Die Ergebnisse der darüber gepflogenen nähern Untersuchung benützte er zu dem Versuche: durch Schilderung der ältesten deutschen Gerichtsverfassung auf dem flachen Lande in Mähren die muthmaßliche Genesis des Urbauer Landgerichtes oder Banteidings festzustellen. Es scheint nämlich daß die Landesfürsten die während der langen Kriege mit Oesterreich durch plötzliche Feindesüberfälle verödeten Gränzgegenden durch Ertheilung besonderer Begünstigungen (wie es das deutsche Recht mit sich führte) für diejenigen die sich in diesen Gränzorten ansiedelten, schneller wieder bevölkern und die Colonisten für den erlittenen Verlust entschädigen wollten. Daß auch in Urbau um jene Zeit deutsche Einrichtungen vorhanden waren, zeigt eine Urkunde von 1252, und zwar werden da als gehörig zu den Besitzungen und Gütern daselbst, welche jener bestimmten Rechte und Freiheiten theilhaftig seyn sollen, ager pratum wilchekr aufgeführt. Daß unter dem letzten Ausdrucke eben das

judicium generale oder Banteiding, beziehungsweise dessen Sprengel zu verstehen sey, sucht der Verfasser durch genaueres Eingehen auf die Gerichtszustände jener Zeiten auszumitteln, bezeichnet aber sein Ergebniß auf S. 39 — ob aus Bescheidenheit oder aus welchem Grunde sonst — als Vermuthung. Allerdings ist es in der Regel nicht leicht, bloß aus einem einzelnen Falle ein Ergebniß zu erringen, welches keine Bedenken mehr zuließe. Und das um so mehr, wenn gerade, wie hier die Sache gelagert ist, mannigfache zum Theil noch nicht über jeden Zweifel erhabene Verhältnisse der gegenseitigen Stellung und des wechselweisen Ineinandergreifens landesherrlicher und anderer selbst wieder je nach den Gerichtsherren verschiedenartig gestalteter Gerichte und deren Amtspersonen die Forschung erschweren. Doch scheint immerhin, so wenig wir vor der Hand schon aus dem angeführten Ergebnisse eine Folgerung allgemeiner Natur auf anderweitiges Erscheinen des Ausdruckes wilchker für statthaft halten möchten, bezüglich seiner Erklärung in der erwähnten Urkunde von 1252 mehr als eine reine Vermuthung gelungen zu seyn. Im übrigen ist, da die weiteren Schicksale des Urbauer Landgerichts bis zu seiner Auflösung einen interessanten Beitrag zur Verfassungsgeschichte des Landes überhaupt und zum Verständnisse der inneren Bedeutung des Institutes selbst liefern, das Unternehmen einer Darstellung der wesentlichsten Momente aus der Geschichte jenes Gerichts sehr zu billigen.

Gerade das nähere Eingehen auf diese Punkte führte naturgemäß auf eine Masse weiterer, die im Verhältnisse zur eigentlichen Untersuchung allerdings nur als Incidentpunkte erscheinen, deren Wichtigkeit aber, wie andererseits Schwierigkeit niemand verkennt, welcher je mit den Zuständen der Gerichtsverfassung wie des Gemeindewesens und insbesondere ihrem Ineinandergreifen vom 12. Jahrhundert an sich zu beschäftigen hatte. Wir erinnern nur an die Immunitäten, hier um so anziehender als die slavische Verfassung ursprünglich und lange fort weder Exemtionen noch Privilegien kannte, es im Lande keine Municipal- und keine Patrimonialgerichtsbarkeit gab, sondern in Mähren nur die Cuda oder das landesfürstliche Gericht bestand, bis in der zweiten Hälfte des 12. Jahrhunderts von den Stiftern und Klöstern ausgehend Ausnahmen begannen, und insbesondere durch umfassendere Geltendmachung

des deutschen Rechtes seit der zweiten Hälfte des 13. Jahrhunderts durch die deutschen Colonisirungen des westlichen Mährens der eigentliche Riß in die ursprüngliche Verfassung kam. Wir können diesen Entwickelungen, worunter namentlich die Schilderung der Verfassung der grundherrlichen und insbesondere der Dorfgerichte von S. 20 — 34 alle Beachtung verdient, wenn auch beispielsweise die Bemerkung in Note 2 auf S. 24, daß nach dem Sachsenspiegel die Stadtschöffen — nur bezüglich der Fronboten heißt es III. c. 45 §. 5 den sal kiesen die richtere *unde die scepenen* — vom Richter gewählt wurden, besser weggeblieben wäre, nicht des nähern folgen. Doch sey auf die Darstellung des Verfalles des Gerichtes von Urbau noch aufmerksam gemacht, dessen Rügung wahrscheinlich bald nach 1497 niedergeschrieben wurde, welches 1535 Ferdinand der I und 1567 Maximilian II ausdrücklich bestätigte, dessen letzte Spuren um 1584 und 1604 in der anfangs bemerkten, dem vorliegenden Drucke zu Grunde liegenden Aufzeichnung seiner Rügung vorkommen. Nochmal erwachte mit einem Male, vielleicht durch den Druck aufgerüttelt, durch die Erinnerung an alte Rechte angestachelt, der autonome Geist der Bauern, und begann den sterilen Kampf um Wiederherstellung früherer Zustände zu kämpfen, und zwar mit einer Zähigkeit daß die Todes- und Gefängnißstrafe wie die Plünderung der Gemeinde die Urbauer nicht im mindesten abschreckte, ebensowenig die Entschließung Carls VI vom 5 August 1712, daß auf ihre Privilegien (das besondere Landgericht) bei gegenwärtiger Landesverfassung nicht gesehen werden könne, bis endlich nach halbhundertjährigem Widerstande, als ein großer Theil der männlichen Bevölkerung im Gefängnisse saß und die Fruchtlosigkeit seiner Opfer und Einsätze erkannte, der Beschluß gefaßt wurde, den nutzlosen Kampf aufzugeben. Es scheint daß man bei einem Verhöre den Ort, wo die alte Oriflamme des Widerstandes verborgen war, entdeckte, wodurch die Untersuchungscommission in den Besitz aller Privilegien und Rügungen der Urbauer gelangte. Jetzt, da sie diese nicht mehr hatten, brach der Muth: am 11 August 1724 übersandten die am Spielberge sitzenden Rädelsführer ihre Bitte an die Landeshauptmannschaft, man möge sie nun, nachdem alle Schriften abgegeben worden, nach Hause entlassen, damit sie ihrer

verkommenen Wirthschaft vorstehen und größere Verluste abwenden könnten.

Es bedarf wohl keiner Anführung, von welchem Vortheil es wäre, derartige Einleitungen wie die zu dem Weisthum von Urbau ist, auch zu dem einen oder andern der sonstigen eilf zu besitzen, welchen übrigens nebenbei bemerkt zwar spärliche aber trotzdem dankenswerthe Noten beigefügt sind. Gewiß hat der Verfasser, der einmal mit diesem Material sich so weit beschäftigte, selbst schon gefühlt, wie viele Vergleichungspunkte sich gegenseitig ergeben, und welcher Gewinn dadurch der Rechtsgeschichte des betreffenden Zeitraums zugeht. Möge er daher diese bei Gelegenheit über ein specielles Weisthum angestellte erste Untersuchung hierüber nicht auch die letzte seyn lassen!

R.

---

6) Ueber die Verbreitung des magdeburgischen Rechtes und des Sachsenspiegels nach Kleinrußland und ihre Geltung daselbst bis in ziemlich späte Zeiten herab

enthält des Frhrn. August v. Harthausen Schrift „Transkaukasia" in dem Abschnitte „geschichtliche Uebersicht des Herganges der kleinrussischen Gesetzgebung" im zweiten Bande S. 286 ff. einige sehr interessante Mittheilungen.

Wir heben hier nur die specielle Bemerkung heraus, daß in der zweiten Hälfte des sechzehnten Jahrhunderts für die Städte des kleinrussischen Reiches das magdeburgische Recht und Groizki's Ordnung der Stadrechte galten. Eine eigens zur Vereinbarung der sonst noch bestehenden vielvölkerigen Bestimmungen daselbst in Moskau zusammengesetzte und zur Bearbeitung an Ort und Stelle nach Gluchow übergesiedelte Commission übersetzte 1735 das erwähnte Werk Groizki's, welches ihre Glieder für das eigentliche magdeburgische Recht erachteten, und ebenso das Werk von Paul Schtscherbitsch, bekannt unter dem Namen speculum Saxonum, welches sie ebenfalls für die Sammlung der eigentlich sächsischen Gesetze erachteten. Diese Uebersetzungen sind zerstreut und bis auf den heutigen Tag in vielen Handschriften in Kleinrußland. Man legte auch wirklich ein Project eines Swod oder

allgemeinen Gesetzbuches, in welchem tiese beiden Werke wesentlich mitbenützt sind, als „Recht nach welchem das kleinrussische Volk gerichtet wird“ der Kaiserin Elisabeth Petrowna im Jahre 1743 vor. Es blieb Project. Erst im gegenwärtigen Menschenalter ist das magdeburgische Recht in Kleinrußland abgeändert worden, theils durch besondere und absichtliche Verordnungen der Regierung darüber, theils durch allmählichen Einfluß der allgemeinen Gesetzgebung. Es veränderte sich mit der Lage der Städte. In Kiew hat es sich mehr als an andern Orten erhalten; aber auch dort ist es am 3 Februar 1831, am 23 December 1834, am 7 Mai 1836 abgeändert worden.

Dieses lediglich zur geeigneten Kenntnißnahme und allenfallsigen Detail-Forschung aus den Angaben in dem eingangserwähnten Werke.

R.

VII.

Inhalt der juristischen Zeitschriften.

(Fortsetzung.)

3) Zeitschrift für deutsches Recht ꝛc. ꝛc. B. XVII. Heft 1. (s. oben Bd. IV. S. 451).

I. Die Klagbarkeit der Nebenforderungen von Reyscher. S. 1.

II. Ueber die Haftbarkeit der Ausgeber von Werth- und Creditpapieren gegen die Inhaber dieser Papiere. Im Hinblick auf einen Rechtsfall von Prof. Sachse in Heidelberg. S. 29.

III. Das eheliche Güterrecht im Canton Wallis nach den alten Rechtsquellen von Dr. Ed. Häusler in Basel. S. 91.

IV. Der Gmaind zu Eckingen Büchlin d. Ao. 1531. S. 135.

---

4) Jahrbücher für die Dogmatik, ꝛc. ꝛc. von Gerber und Ihering. Bd. I. Heft 3 (s. oben Bd. IV. S. 452).

VIII. Zur Cessionslehre von Otto Bähr, Oberger.-Rath in Cassel. S. 381 — 502.

---

5) Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts, herausgegeben von Dr. Ernst Emmanuel Bekker, Prof. in Halle und Dr. Theodor Muther, Prof. in Königsberg. Bd. I. Heft 1. Leipzig 1857 (Hirzel).

I. Bekker, über das gemeindeutsche Recht der Gegenwart und dessen Behandlung. S. 1.

II. Brinz, noch einmal ipso jure compensari. S. 24.

III. Stintzing, über die erste Auffindung und Benützung der Cajus epit. und des Paulus Sent. Rec. in Deutschland. S. 41.
IV. Bluhme, das westburgundische Reich und Recht. S. 48.
V. Bruns, die Verschollenheit. S. 90.
VI. Literatur-Uebersicht und Recensionen-Verzeichniß. S. 202.

---

6) Zeitschrift für die gesammte Staatswissenschaft. XI. Jahrgang (1855)*).

I. Abhandlungen. Außer der Fortsetzung eines Aufsatzes in Bd. X. (das Getreidewesen in der Schweiz betr.):
1) Kries, die Gemeindesteuern in England, 2 Artikel. S. 3 und 222.
2) Hanssen, die Normirung der Eingangszölle aus dem rein finanziellen Gesichtspunkte. S 53.
3) Schütz, über die Renten der Grundeigenthümer und den angeblichen Conflict ihrer Interessen mit denen der übrigen Volksclassen. S. 171.
4) Helferich, die österreichische Valuta seit 1848. S. 259. Fortsetzung in Bd. XII. S. 85 und 403.
5) Kries, Ergebnisse der preußischen Einkommensteuer und Vorschläge zu ihrer Verbesserung. S. 361.
6) Knies, die national-ökonomische Lehre vom Werth. S. 420.
7) Kumpf, die wissenschaftliche Natur des Darlehens. S. 476.
8) Vorländer, die ethische und sociale Bedeutung des Wohlstandes und Eigenthums. S. 569.
II. Von den vermischten Mittheilungen erwähnen wir:
1) Kries, die Vermögenssteuer in New-York. S. 127. und
2) Keyser, inwieweit sind Gesandte und andere diplomatische Vertreter den eigentlichen Staatsdienern gleich zu achten. S. 320.

Jahrgang XII. (1856) bringt in den drei ersten Heften:
I. Vorländer, das Gesetz der Gerechtigkeit als Grundlage für die Bestimmung der Rechte des Individuums. S. 3.
II. Kries, die preußische Einkommensteuer und die Mahl- und Schlachtsteuer. 2. Art. S. 58.
IV. Hanssen, die oldenburgische Deichordnung von 1855. S. 147.
VI. Rau, über den kleinsten Umfang eines Bauernguts. S. 213.
VII. Zech, die deutschen Rentenanstalten, mit besonderer Beziehung auf die Reorganisation der Rentenanstalt in Stuttgart. S. 260.
VIII. Mayer, über Verwaltungsrecht und Rechtspflege. S. 284. u. 461.

---

*) Vergl. über diese Zeitschrift und ihre früheren Jahrgänge oben Bd. III S. 270 ff.

IX. **Wagner**, die Kohlen und ihre Stellung in der Volkswirthschaft des deutschen Zollvereins. S. 213.

X. Verzeichniß der von der staatswirthschaftlichen Facultät zu Tübingen creirten Doctoren der Staatswirthschaft. S. 350.

XV. **Kolb**, Gold- oder Silberwährung? S. 486.

XVI. **Dinkel**, über die bäuerlichen Creditverhältnisse in Württemberg. erster Art. S. 536.

---

7) Magazin für badische Rechtspflege und Verwaltung*) B. II. (1855 .

Außer den Fortsetzungen zu einigen Aufsätzen des I. Bandes bringt dieser II. Band vorzüglich folgende erwähnenswerthe Artikel:

I. Ueber Verträge zu Gunsten Dritter, von Prof. Dr. **Renaud** S. 1.

IV. Ueber die Zuständigkeit der Behörden bei Ehestreitigkeiten. S. 58.

V. Verlieren Kinder unter elterlicher Gewalt durch den Wegzug oder die Auswanderung ihrer Eltern die Eigenschaft eines Einheimischen, und durch Uebersiedelung derselben in eine andere badische Gemeinde das angeborne Bürgerrecht? Von Amtmann . . **Gageur**. S. 62.

VI. und XIII. Die Nichtigkeitsbeschwerde der Angeklagten gegen schwurgerichtliche Erkenntnisse nach dem Gesetze vom 5 Februar 1851, von Hofgerichtsrath und Staatsanwalt **Haager**. S. 89 u. 169.

VII. Untersuchung der Natur eines Rechtsverhältnisses als Quelle der Entscheidung über zweifelhafte Zuständigkeit der Gerichts- oder Verwaltungsbehörde, von Regierungsassessor **Turban**. S. 113.

VIII. und XIV. Bericht über die bisherigen Entscheidungen des Oberhofgerichts als Cassationshof und die oberstrichterlichen Entscheidungen auf Beschwerden gegen die Erkenntnisse der Anklagekammern, von Dr. **Zentner**. S. 118 u. 87.

XV. Von der Solidarität im französischen und badischen Obligationenrechte, von dem fürstlich Löwenstein'schen Domänenrath Dr. Th. A. **Warnkönig**. S. 203.

XVI. Ueber den Satz des französischen Rechts: le ministère public est un et indivisible, von Hofgerichtsrath und Staatsanwalt Dr. F. **Roßhirt**. S. 214.

XVII. Ueber das Unterpfands- und Vorzugsrecht der Zinsen und Renten, von Hofgerichtsrath Dr. **Guyet**. S. 224.

---

*) S. über die Richtung der Zeitschrift und den Inhalt des ersten Bandes schon oben Bd. III. S. 282.

XVIII. Zur Lehre vom Rückfall, insbesondere in den Diebstahl, von Dr. Zentner. S. 263.

XXII. Der Gesetzentwurf über geschlossene Hofgüter, von Regierungsassessor Turban. S. 304.

XXIII. und XXIV. Ueber die Berücksichtigung neuer, erst in der Schlußverhandlung hervorgetretener Thatsachen bei der Aburtheilung im Strafverfahren, von Hofgerichtsrath und Staatsanwalt Haager. S. 313.

XXV. Ist der Erwerb einer Grundgerechtigkeit zum Grundbuch einzutragen? von Justiz-Ministerialrath Keller. 348.

XXVI. Entscheidungen und Erörterungen aus dem Gebiete des Verwaltungs- insbesondere des Gemeinderechts, von Regierungsrath Schwarzmann. S. 273.

XXVII. Ueber die Aussetzung des Schwurgerichtshofes und die Verweisung an ein neues Schwurgericht, von Hofgerichtsrath Haager. S. 413.

XXVIII. Eine Streitfrage aus dem Gesetz über die polizeiliche Verwahrungsanstalt, von Regierungsassessor Turban. S. 426.

XXX. Beitrag zur Erläuterung des Abschnitts VII. Tit. LXI. Pr.-O. Ueber die Ansprüche dritter Gläubiger auf die Ergebnisse der Vollstreckung (§§. 1039 — 1043), von Dr. Zentner. S. 441.

Auch dieser Band bringt außerdem in jedem Hefte Entscheidungen der Staatsbehörden und der Gerichte über streitige Fälle der administrativen sowie der gerichtlichen Praxis.

(Fortsetzung folgt).

---

8) Allgemeine Gerichtszeitung für das Königreich Sachsen und die großherzoglichen und herzoglich sächsischen Länder. Herausgegeben von Dr. Friedr. Oskar Schwarze, Oberstaatsanwalt für das Königreich Sachsen. Leipzig (bei Voigt und Günther). Erster Jahrgang 1857.

Diese neue Zeitschrift, von welcher uns bis jetzt 3 Hefte vorliegen, ist wohl vorzüglich in Folge der Einführung einer neuen Strafproceßordnung in Sachsen, die der Herausgeber der Zeitschrift wie bekannt commentirt hat, ins Leben gerufen worden. Sie enthält bisher neben Mittheilungen aus der einheimischen und der fremden Praxis und von Formularien für die Vertheidigung größtentheils Aufsätze criminalistischen Inhalts, worunter wir folgende herausheben:

I. Die Vertheidigung in II. Instanz von Schwarze. S. 1.

III. Beiträge zur Auslegung der Strafproceßordnung von Schwarze. S. 16 und 138.

VII. Ueber die Abfassung der Entscheidungsgründe im mündlichen Strafverfahren v. Schwarze. S. 41.

IX. Beiträge zur Auslegung des Strafgesetzbuchs, von Geh. Justizrath Dr. Krug. S. 69.

XIII. Die zu Gunsten des Angeklagten von dem Staatsanwalte eingewendeten Nichtigkeitsbeschwerden, von Oberappellationsgerichtsrath v. Reitzenstein. S. 105.

VIII.

Die neuere Literatur über das Verhältniß zwischen Staat und Kirche.

1) Die staatsrechtliche Stellung der katholischen Kirche in den katholischen Ländern des deutschen Reichs besonders im 18. Jahrhundert. Eine rechts- und dogmengeschichtliche Abhandlung von Dr. L. A. Warnkönig. Erlangen (Ferd. Enke) 1855. 8. 260. S.
2) Gleichberechtigung der Augsburgischen Confession mit der katholischen Religion in Deutschland nach den Grundsatzen des Reichs, des Rheinbundes und des deutschen Bundes. Nebst Beleuchtung der Schrift: „die katholische Religionsübung in Mecklenburg-Schwerin, geschichtlich und rechtlich", von Dr. J. T. B. v. Linde, fürstlich Liechtensteinischem Bundestagsgesandten. Mainz 1853. 8.
3) Betrachtungen über die Selbständigkeit und Unabhängigkeit der Kirchengewalt und Schutzpflicht des deutschen Bundes und der Theilnehmer an dem westphälischen Frieden sammt und sonders in Deutschland. Gießen (Ferber) 1855. 8. XVII. und 202 S. (bildet das erste Heft des II. Bandes von dem Archiv für das öffentliche Recht des deutschen Bundes von Dr. v. Linde).
4) Das landesherrliche Patronatrecht gegenüber der katholischen Kirche von Dr. Paul Hinschius. Berlin (Nicolai'sche Buchhandlung) 1856. 8. 88 S.
5) Ueber das österreich sche Concordat vom 18 August 1855. und die kirchlichen Zustände der Evangelischen in Oesterreich von Dr. H. Friedr. Jacobson, o. Professor der Rechte zu Königsberg. Leipzig 1856. (Otto Wigand) 8. 137 S.

Die Bestimmung und Durchführung des richtigen Verhältnisses zwischen Staat und Kirche bildet eine der wichtigsten Aufgaben ebenso der Wissenschaft wie der staatsmännischen Praxis.

Wir sind zwar weit davon entfernt zu glauben daß die Theorie, auch wenn sie allgemein als richtig und unbestreitbar anerkannt wäre, für sich im Stande ist, dieses Problem zur endgültigen Lösung zu bringen; allein wir werden keinem Widerspruche begegnen, wenn wir behaupten daß die Wissenschaft ein sehr einflußreiches, ja ein wesentliches Moment bilde, von dem die Erreichung des glücklichen Zieles bedingt ist. Einer in sich einigen, wohl begründeten Theorie kann der Erfolg auf die Dauer kaum entgehen.

Dieser Voraussetzung einer übereinstimmenden Theorie sind wir zwar in der neuern Zeit viel näher gerückt, als in frühern Jahrhunderten; allein erreicht ist sie auch jetzt noch nicht. Um die Leser in die Lage zu setzen, sich über den Stand der Wissenschaft bezüglich der an die Spitze unserer Abhandlung gestellten Frage ein Urtheil zu bilden, hielten wir es für sachgemäß, die bedeutenderen literarischen Erscheinungen der jüngsten Jahre, welche sich mit ihrer Lösung beschäftigen, einer kurzen Besprechung zu unterziehen. Da sich die obengenannten Schriften sämmtlich auf die katholische Kirche und auf ihr Verhältniß zu Deutschland und den deutschen Staaten beziehen, so werden wir uns auch in der folgenden Erörterung auf diese Seite der Frage beschränken*).

*) Einen allgemeinen Ueberblick über die ganze Materie in geschichtlicher wie dogmatischer Beziehung bietet der Artikel: „Staat und Kirche" in Weiske's Rechtslexikon Bd. IX. S. 420 — 489 (Leipzig 1856). Bei diesem Anlasse können wir nicht umhin, wenigstens nebenbei auch einer Frage der Systematik zu gedenken, der nämlich, in welcher Disciplin die Lehre von dem Verhältniß zwischen Staat und Kirche zu behandeln sey, ob im Staatsrechte oder im Kirchenrechte oder in beiden? Die letztere Methode ist die vorherrschende (vergl. z. B. Bluntschli, allgemeines Staatsrecht II. Aufl. Bd. II. S. 287 — 329) und wohl auch die richtige; gerade weil die beiden Gewalten selbständig nebeneinander bestehen und handeln sollen, jede zunächst von ihrem Standpunkt und von ihrem Wesen aus, wenn auch mit Rücksicht auf die andere, ihre Zwecke verfolgen soll, so muß auch die wissenschaftliche Erörterung von dieser doppelten Richtung ausgehen. Wir können es daher nicht gut heißen, wenn neuerlich H. A. Zachariä diese Materie dem Kirchenrecht zugewiesen hat (II. Aufl. Th. II. S. 605). Der Grund, den er anführt, „daß die Entwickelung der kirchlich-politischen Verhältnisse nur im Zusammenhange mit dem Begriff und der Natur der Kirche auf gehörige Weise geschehen könne", kann mit demselben Rechte von dem Canonisten geltend gemacht werden, wenn er statt der Kirche den Staat einsetzt,

Die Bischöfe und Erzbischöfe Deutschlands haben sich, wie bekannt, um den Anspruch der katholische Kirche auf völligeUnabhängigkeit und Selbständigkeit gegenüber dem Staate als gerechtfertigt darzustellen, auf den historischen oder Rechtsstandpunkt zu stellen erklärt; sie suchten darzuthun, daß die Rechte und Freiheiten, welche für ihre Kirche begehrt würden, auf dem westphälischen Frieden und auf sonstigen zur Zeit des Reiches anerkannten Rechtsquellen beruhen, und daß die Ereignisse der jüngsten Zeit (seit 1803) hieran ohne Zustimmung der Vertreter der Kirche nichts ändern konnten.

Hieraus ersieht man schon, daß die Bischöfe in derselben Weise von der Historie Gebrauch machen, wie so manche Politiker auf dem rein staatlichen Gebiete; man sucht sich einen Standpunkt aus dem Gesammtfluß der Geschichte heraus, der das, was man will, zu bestätigen geeignet scheint, und erklärt das, was vorausgeht und was nachfolgt, als unberechtigt.

Es ist nun für jetzt nicht am Orte, uns über die Unzulässigkeit eines solchen Verfahrens, das man eher mit jedem anderen Namen, als mit dem eines historischen bezeichnen darf, einläßlicher auszusprechen, wir wollen vielmehr im gegebenen Falle den Vertretern der Bischöfe auf den angerufenen historischen Boden folgen und wollen sehen, ob das was auf diesen Boden sich gründen und bis in unsere Tage fortbestanden haben soll, in der That dort zu finden sey.

Die unter Nr. 1 genannte Schrift von Warnkönig enthält die sämmtlichen wesentlichen Materialien zur Beantwortung dieser Frage; sie liefert eine ziemlich vollständige Uebersicht der im vorigen Jahrhundert als positives Recht geltenden Grundsätze über das Verhältniß der katholischen Kirche einerseits zu Kaiser und Reich, andrerseits zu den Landesherren und theilt zugleich die damals herrschenden Ansichten der Theorie unter Anführung der bedeutendsten Vertreter derselben mit*), woraus sich zunächst ergibt, daß zwischen der Theorie und dem geltenden Rechte in der Hauptsache kein Widerstreit stattfand.

---

um diese Lehre als zum Staatsrechte gehörig darzustellen. Unterzieht er sich aber der Eröterung bloß mit Rücksicht auf den Begriff und die Natur der Kirche, ohne Rücksicht auf den Begriff und die Natur des Staates, so wird ihr Ergebniß sicher in der Regel einseitig und nicht zum Vortheile des Staates ausfallen.

*) Aussetzen müssen wir an der Abhandlung von Warnkönig einer-

Hiernach übte der Kaiser nicht bloß die Schutzpflicht in Bezug auf die katholische Kirche, sondern auch solche Rechte welche man damals wie heute als Ausflüsse der Oberaufsicht (inspectio saecularis) betrachtete, wie namentlich das Placet bei der Publication und dem Vollzuge päpstlicher Bullen und Breven, die Theilnahme an den Bischofswahlen, die Annahme von Recursen wegen Verletzung kirchlicher Berechtigungen durch päpstliche Erlasse u. s. w. (s. S. 66 — 68).

Noch ausgedehntere Befugnisse standen den Landesherren in den einzelnen Theilen des Reiches zu. W. führt die deßfallsigen Verhältnisse Oesterreichs, Preußens und Bayerns im 18. Jahrhundert näher aus, und weist nach daß die Kirchenhoheit in diesen Staaten wie positiv begründet, so praktisch in unangefochtener Wirksamkeit sich befand. Als Quelle, welche über das Verhältniß zwischen Kirche und Staat entscheidet, wird daher nicht bloß das corpus juris canonici, sondern es werden auch particulare Rechtssatzungen und Gewohnheiten, sowie landesherrliche Verfügungen genannt und anerkannt. Kreittmayr, der Verfasser des bayerischen Landrechts von 1756, äußert sich über diesen Punkt in den Anmerkungen zum Landrecht (Th. I. c. 2. §. 4) in so bestimmter Weise daß wir seine Worte hier anführen wollen: „die Regel, daß das canonische Recht in den Sachen zu gelten habe, welche zugleich in das Gewissen mit einschlagen, lasse man quoad forum internum bei ihrem Werthe; quoad externum gehe sie ein wenig zu weit, denn am Ende schlage alles Recht, was das Mein und Dein betreffe, ins Gewissen ein. Es werde vielmehr das geistliche Recht nur noch in geistlichen Sachen und soweit die Observanz oder Concordata mit einstimmen, bei uns beobachtet."

Auf Grund dieser in anerkannter Geltung stehenden Rechtstitel hatten die Landesherren im Wesentlichen in allen Territorien gleiche Rechte gegenüber der Kirche, wie namentlich das Placet, die Bestimmung über die Verhältnisse der Geistlichen, dann über die Bedingungen der Zulassung zu kirchlichen Aemtern im Lande, die Mitwirkung bei der Handhabung der bischöflichen Disciplinar-

seits den Mangel an Form und Verarbeitung des Stoffes, sowie die nicht leicht in irgend einem Druckwerk so zahlreich vorkommenden Druckfehler.

gewalt, die Controle über die Verwaltung und Verwendung des Kirchenvermögens, die Beschränkung ihrer Erwerbsfähigkeit durch Amortisationsgesetze, die Regelung des gesammten Unterrichts von dem Standpunkte einer Staatsangelegenheit u. s. w. (S. 80 — 100).

Daß den deutschen Landesherren auch in Dingen der Religion ein Recht der Verfügung und der Mitwirkung zukam, beweist am schlagendsten gerade der westphälische Friede, bei dem bloß Landesherren als Contrahenten erscheinen. Er ist bestimmt, einen Religionskrieg zu beendigen, indem der angefochtenen reformirten Confession die Existenz im Reiche bestätigt und gewährleistet, und ihr Verhältniß zu der ältern Confession geregelt wird.

Dazu kommt der Wortlaut des Friedensinstrumentes selbst, das vorerst in Art. V. §. 30 auf Grund des einem jeden Reichsstande in Folge seiner Landeshoheit ex communi per totum imperium hactenus usitata praxi zustehenden Reformationsrechtes gewisse Regeln über die Art der Ausübung dieses Rechts aufstellt, und dann in Art. VIII. „damit hinfüro im politischen Stande keine Spaltungen entstehen" verfügt, was folgt: „Omnes et singuli . . . Status imperii in antiquis suis juribus . . . libero juris territorialis *tam in Ecclesiasticis* quam in Politicis exercitio . . . vigore hujus transactionis stabiliti firmatique sunto". — Welche Rechte in kirchlichen Angelegenheiten den Ständen in Folge ihrer Landeshoheit zustanden, darüber enthält der westphälische Friede keine Bestimmung; man dachte dabei offenbar an denjenigen Zustand der Dinge, wie er allenthalben in *thatsächlicher* Uebung war.

Wenn daher in der unter Nr. 3 genannten Abhandlung von Linde behauptet wird (S. 27), das Decretalenrecht sey die einzige Quelle für die Bestimmung der Competenz der geistlichen Gewalt zur Zeit des Reiches gewesen, und überall da, wo der katholischen Kirche in Deutschland (seit der Reformation) die Ausübung der geistlichen Gewalt verblieben sey (auch in den protestantischen Ländern sey sie bloß suspendirt), — da sey sie ihr in dem vollen Umfange des geltenden canonischen Rechts geblieben; so ist diese Behauptung durch die bisherige Ausführung auf ihr richtiges Maß zurückgeführt, und wir können uns, was die Geltung des canonischen

Rechts betrifft, einfach auf die oben mitgetheilte Aeußerung Kreittmayrs beschränken.

Wenn dann unter Bezugnahme auf die §§. 62 und 63 des Reichsdeputationshauptschlusses v. 1803 der Satz vertheidigt wird, daß dieses Reichsgesetz nur in Bezug auf die Territorialherrschaft und das zeitliche Vermögen der Kirche Aenderungen herbeigeführt habe, daß es aber dabei auf eine Aenderung der Religions- und Kirchenverfassung nicht abgesehen gewesen sey, so ist dagegen an sich nichts zu erinnern; nur kann die Folgerung daraus nicht abgeleitet werden daß das canonische Recht auch seit 1803 in voller Geltung geblieben sey. Es blieb allerdings von dem Reichsdeputationshauptschlusse unberührt und daher auch in der Geltung, in welcher es vor demselben sich befunden hatte; aber da es schon vorher nicht mehr in voller Geltung stand, so konnte es diese auch nachher nicht ansprechen.

Demnach wird es als unthunlich erscheinen, auf wirklich historischem Wege nachzuweisen daß die katholische Kirche rechtlichen Anspruch habe, in ihrem Verhältnisse zum Staate nur nach den Bestimmungen des canonischen Rechts gemessen und beurtheilt zu werden. Auch wird es wohl jedem, der einen unbefangenen Blick auf die Geschichte Europa's seit der Einführung des Christenthums wirft, als eine Uebertreibung erscheinen, wenn er in der Schrift Nr. 3. (Vorr. S. IX.) folgende Stelle liest: „Wenn für die Kirchengewalt die äußersten Gränzen bestimmt werden sollen, dann darf kein staatspolitischer, sondern nur der rechtliche Maßstab angelegt werden. Für die römisch-katholische Kirchengewalt insbesondere gibt es nur Ein Maß, und wenn dieses nicht nach dem Wesen dieser Gewalt zugemessen wird, dann wird die Wirksamkeit derselben und damit der Zweck ihres Daseyns geradezu vernichtet, und in christlichen Staaten wird dann nach aller geschichtlichen Erfahrung (sic!), die Kirchengewalt der Staatsgewalt selbst nur in einer verkümmerten, stets mit auflösenden Elementen sich windenden Thätigkeit begegnen können".

Wer solche Grundsätze ohne einseitige Voreingenommenheit in Erwägung zieht und sich ihre Consequenzen klar macht, der muß zu dem Schlusse kommen daß dieser Weg nie und nirgends zu einem gedeihlichen Ergebnisse, zu einer wahren Coexistenz des Staates und der Kirche führen könne. Wenn die Kirche nur Ein Maß anerkennt,

und wenn sie verlangt daß sie unbedingt nach diesem Maße behandelt werde, weil ihr Wesen dieß fordere, so befindet sich der Staat, der als gleichberechtigt neben der Kirche steht, vollkommen in seinem Rechte, wenn er bei der Bestimmung seiner Rechte dieselben Principien in Anwendung bringt. Auch er kann darauf bestehen daß ihm das unangetastet verbleibe, was sein Wesen fordert, und ohne welches seine Wirksamkeit unmöglich gemacht wird. Eine Durchführung des Maßstabes, den L. der Kirche vindicirt, setzt voraus daß der Staat der Kirche untergeordnet sey, daß diese berechtigt sey, Kaiser und Könige, welche sich ihrem Maße nicht fügen, abzusetzen! Dann ist der Forderung unseres Auctors, daß das Decretalenrecht in Geltung sey, Genüge gethan.

Wenn wir uns gegen die von Linde vertretenen Principien erklären, so sind wir darum selbstverständlich nicht gewillt, den Staat als die unbedingt vorherrichende Macht auch in Dingen der Religion anzuerkennen oder alle deßfalls bestandenen und etwa zur Zeit noch bestehenden Rechte des Staates als unanfechtbar zu bezeichnen. Auch der Staat ist, das läßt sich nicht bestreiten, in Zeiten wo er die Macht besaß, in seinen Ansprüchen an die Kirche zu weit gegangen*), und hat sich Rechte beigelegt, für welche die Begründung fehlt. So treten wir der unter Nr. 4 angeführten Schrift vollkommen bei, wenn sie behauptet und nachweist daß die Theorie von einem landesherrlichen Patronatrechte unhaltbar sey. Daß dasselbe aus der Landeshoheit beziehungsweise der Staatsgewalt als solcher nicht abgeleitet werden könne, wird jetzt wohl so ziemlich allgemein zugegeben. Aber auch der geschichtliche Grund welchen man zur Rechtfertigung des landesherrlichen Patronatrechtes geltend machte, ist in mehrfacher Beziehung Bedenken unterworfen. Man hat nämlich, wie bekannt, den Satz aufgestellt, daß die deutschen Landesherren bei der Säcularisation von 1803 nicht bloß die ehemals geistlichen Herrschaften und Güter, sondern auch die von den säcularisirten Bisthümern, Stiftern und Klöstern bis dahin geübten Präsentations- und Collations-

*) Dabei waltet indessen doch ein Unterschied ob, den man nicht in Abrede stellen kann; der Staat ist nämlich in seinen Ansprüchen gegenüber der Kirche und in seiner Einmischung in die Angelegenheiten derselben verhältnißmäßig nie so weit gegangen als die Kirche, solange sie die Oberhand behauptete, gegenüber dem Staate.

rechte überkommen haben. Mit Recht wird hiegegen in der erwähnten Abhandlung von H. erinnert, daß selbst dann, wenn diese Behauptung vollkommen richtig wäre, ein allgemeines landesherrliches Patronatrecht bezüglich aller Beneficien eines bestimmten Staates nicht erwiesen schiene. Denn es würde sich dann der Landesherr auf eine Succeission, also auf einen besondern Rechtstitel stützen, und wo es an einem solchen fehlte, könnte überall von einem Patronatrechte nicht die Rede seyn.

Allein es wird weiter ausgeführt, daß die Säcularisation keinen Titel für die angebliche Succession in alle Patronatrechte der aufgehobenen kirchlichen Institute bieten könne. Nur das sey im Rechte begründet, daß die von den Stiftern und Klöstern in dinglicher Eigenschaft besessenen Patronat- und sonstigen Besetzungsrechte auf die Landesherren als die Erwerber jener Güter übergegangen seyen, an welchen das Patronatrecht haftete, und die Kirche habe Unrecht, wenn sie den deutschen Regenten auch den Besitz dieser Art von Patronatrechten streitig machen wolle.

Aehnliche Verhältnisse wie in Ansehung des Patronatrechts walten unseres Erachtens auch in anderen Punkten ob, die Gegenstand des Streites zwischen Kirche und Staat sind. Es ist hier für jetzt nicht am Orte, sie alle einzeln aufzuzählen und uns über jeden derselben eingehend zu äußern; wir beschränken uns darauf, unsere Meinung an einigen Beispielen dieser Art deutlich zu machen.

So können wir es zwar nur als billig und gerecht erkennen, daß sich der Staat das Recht der Aufsicht und Controle über die Verwaltung und Verwendung des Kirchen- und Stiftungsvermögens vindicire; das Begehren der Bischöfe, daß die Kirche darin vollkommen selbständig und unabhängig sey, gründet sich auf nichts als auf den allgemeinen Begriff des Eigenthums, der es mit sich bringe, daß der Eigenthümer auch sein Vermögen unbeirrt von der Einwirkung eines Dritten verwalte. Wäre das Vermögen der Kirche ein gewöhnliches Privateigenthum, dann hätte diese rationalistische Argumentation ein gewisses Gewicht. Allein bekanntlich ist die Kirche in unsern Gesetzen als öffentliche Corporation anerkannt, und wir haben noch nicht vernommen (und würden es auch unter den obwaltenden historischen Verhältnissen nicht für zweckmäßig halten) daß die Kirche auf die vortheilhaften Wirkungen dieser Eigenschaft zu verzichten gedenke. Sie

beruft sich sofort auf das historische Recht, sobald es sich um die Zuschüsse des Staates zur Erfüllung kirchlicher Zwecke handelt; man verlangt daß der Staat den Bedarf der Kirche, insoweit er aus ihren eigenen Mitteln nicht gedeckt ist, aus seinem Einkommen bestreite. Wenn dem aber so ist, wenn diese Beiträge nicht rein privatrechtliche Leistungen, sondern Ausgaben für öffentliche Zwecke sind, dann ist der Staat nicht etwa bloß aus engherzigen polizeilichen, sondern aus höhern politischen und finanziellen Gründen mit Fug und Recht auch zu der in Frage stehenden Aufsicht und Controle berufen.

Anders aber verhält sichs nach unserm Dafürhalten mit den Beschränkungen der Erwerbsfähigkeit der Kirche, wie sie in den Amortisationsgesetzen liegen, die zur Zeit noch in mehreren Staaten bestehen. Die Gründe, welche man zu ihrer Rechtfertigung angeführt hat, sind auch wenn sie in frühern Jahrhunderten vorhanden und erheblich waren, in unsern Tagen hinweggefallen, und gerade darum erscheint die Beschränkung jetzt doppelt drückend. Wir würden es daher für einen Fortschritt zum Bessern halten, wenn die Amortisationsgesetze aufgehoben würden. Da indessen der Umstand daß eine Sache ins Eigenthum der Kirche übergeht, erhebliche rechtliche Folgen nach sich zieht und auch für dritte Personen von Bedeutung ist, so erscheint es uns nöthig daß die Erwerbstitel in öffentlicher Form errichtet, also bei Gericht protokollirt und in die öffentlichen Bücher eingetragen werden.

Zu den in der neuern Zeit am meisten angefochtenen Rechten, welche die weltlichen Regenten in Bezug auf kirchliche Anordnungen üben, gehört wohl das Placet. Daß es im vorigen Jahrhundert und früher nicht bloß allenthalben wirklich in Uebung war, sondern daß es auch von der Theorie fast einstimmig gut geheißen wurde, und zwar nicht bloß von Schriftstellern über Staatsrecht, sondern auch von denen über katholisches Kirchenrecht*), hat Warnkönig (a. a. O. S. 89 — 98) durch eine Reihe von Belegen nachgewiesen.

*) Maurus Schenkl z. B. hat in seinen institutiones juris ecclesiastici (8. Aufl. Bd. I S. 478) der Vertheidigung des Placet eine besondere Note gewidmet; er bemerkt unter anderm: „Placetum per se independentiae potestatis ecclesiasticae haud repugnat; nam principes vi illius juris non de re sacra, sed de politica judicant“ u. s. w.

Ganz anders verhalten sich die Dinge in der Gegenwart. Oesterreich hat im Art. III. des mit der römischen Curie abgeschlossenen Concordats, Preußen durch Art. 16 seiner Verfassungsurkunde das Placet aufgegeben, und in der Theorie findet dasselbe fast nur Gegner, jedenfalls keine unbedingten Vertheidiger. Manche der Gegner stützen sich freilich auf Gründe, die offenbar viel zu weit gehen*), und gegen welche sich daher noch vieles zur Aufrechthaltung des Placet sagen ließe. Sieht man jedoch von solchen Uebertreibungen ab, so läßt sich in der That für die Aufrechthaltung des Placet in der Art, wie es im vorigen Jahrhunderte und theilweise noch jetzt in Geltung ist, nur schwer etwas triftiges beibringen. Es gehört zur Kategorie der Präventivmaßregeln, welche durch das ihnen zu Grunde liegende Mißtrauen den davon Betroffenen verletzen, ohne doch irgend eine Gewähr dafür zu bieten daß die Nachtheile, welche man dadurch abwenden will, wirklich abgewendet werden**). Wenn die Staatsregierung übrigens auch das Placet aufgäbe, so müßte ihr doch die Möglichlichkeit gegeben seyn, auf andere Weise von den Erlassen der kirchlichen Obern Kenntniß zu erhalten, um etwaigen Mißgriffen entgegenzutreten und politischen Nachtheilen vorbeugen zu können.

Zu dem Ende scheint es zweckmäßig eine Verfügung ähnlich derjenigen zu treffen, welche die österreichische Regierung in der Verordnung vom 18 April 1850 §. 2 niedergelegt hat. Nachdem das Recht der Bischöfe, Ermahnungen und Anordnungen ohne vorheriges Placet zu erlassen, anerkannt ist, wird hinzugefügt: „sie haben jedoch von ihren Erlassen, insoferne sie äußere Wirkungen nach sich ziehen oder öffentlich kund gemacht werden sollen, gleichzeitig den Regierungsbehörden, in deren Bereich die Kundmachung erfolgen oder die Anordnung geschehen soll, Abschrift mitzutheilen". In dem Art. III des Concordats vom 18 August 1855 ist dieser

*) Dahin rechne ich z. B. Walter, wenn er in seinem Kirchenrechte äußert: „es werde durch das Placet die ganze Gesetzgebung und Verwaltung der Kirche von dem Willen der weltlichen Gewalt abhängig gemacht", — denn diese Behauptung kann doch nur von dem offenbaren Mißbrauch des Placet gelten.

**) Vergl. Dr. Mich. Permaneder, Handbuch des katholischen Kirchenrechts (zweite Aufl.) S. 55 und 56.

Zusatz nicht aufgenommen, sondern die Bestimmung lautet hier ganz einfach: „die Erzbischöfe ... werden Belehrungen und Verordnungen über kirchliche Angelegenheiten frei kund machen". Da indessen die Vorschrift der Verordnung von 1850 die freie Kundmachung nicht berührt, so sind wir mit Jacobson (a. a. O. S. 37) der Ansicht, daß dieselbe auch jetzt noch zu Recht bestehe*).

Die Schriften unter Nr. 2 und 3, um uns etwas näher mit ihrem Inhalte zu beschäftigen, stehen in engster Verbindung mit einander. Zu der ersteren hatte das seit 1852 beobachtete Verfahren der Regierung von Mecklenburg-Schwerin und der dortigen Stände gegen mehrere Katholiken den Anlaß gegeben. Die genannte Regierung hatte nämlich, wie bekannt, einigen Gutsherren die Beiziehung eines katholischen Geistlichen zur Abhaltung von Hausgottesdienst untersagt und die betreffenden Geistlichen, als sie dieser Anordnung nicht Folge leisteten, gewaltsam entfernt. Die Stände ihrerseits hatten einem Katholiken die Fähigkeit zu ständischen Aemtern abgesprochen. Linde sucht nun in der ältern Abhandlung den Beweis zu führen daß Regierung und Stände von Mecklenburg, abgesehen von der politischen Seite der Sache, durch ihre Handlungen das bestehende Recht verletzt haben. Zu dem Ende beruft er sich vor allem auf eine Bestimmung der Accessionsacte des Herzogs von M. vom 24 April 1808, durch welche dieser dem Rheinbunde beitrat. Der Art. IV. derselben stellt die katholische und lutherische Religionsübung einander gleich und hebt zugleich den Unterschied auf, welcher zwischen den Angehörigen der beiden Confessionen in Bezug auf bürgerliche und politische Rechte früher bestanden hatte. Der Inhalt dieses Artikels habe seine Gültigkeit durch die Auflösung des Rheinbundes nicht verloren, und da auch eine spätere förmliche Aufhebung desselben nicht stattgefunden habe, so sey er bis zur Stunde in voller Wirksamkeit geblieben. (S. 50 — 77).

Aber auch dann, wenn die Verfügung der Accessionsacte nicht bestünde, würde die Lage der Dinge dieselbe seyn. Das was der Art. IV. der erwähnten Acte für Mecklenburg festsetze, habe der

---

*) Vergl. noch Bluntschli, allgemeines Staatsrecht II. Aufl. Bd. II S. 314 ff.

Art. 16 der deutschen Bundesacte zu einem Grundgesetze für die sämmtlichen deutschen Bundesstaaten erhoben, demzufolge „die Verschiedenheit der christlichen Religionsparteien in den Ländern des deutschen Bundes keinen Unterschied im Genusse der bürgerlichen und politischen Rechte begründen soll". Sowohl die Worte dieses Artikels als der Sinn und Geist, in welchem er von den Urhebern der Bundesacte abgefaßt wurde, sprechen nach Linde's Auseinandersetzung dafür daß darin eine völlige rechtliche Gleichstellung nicht bloß der einzelnen Bekenner der beiden christlichen Hauptconfessionen in den deutschen Staaten, sondern auch dieser Confessionen selbst ausgesprochen sey, daß sonach hiedurch jede derselben gleichen Anspruch auf Anerkennung als Religionspartei erworben habe, und daß deren Bekenner in Bezug auf die Befähigung zu bürgerlichen und politischen Rechten nicht nach verschiedenen Normen behandelt werden dürfen. In Folge hievon kommt den Angehörigen der durch das Reichsrecht anerkannten christlichen Religionsparteien in allen Bundesstaaten ohne Rücksicht auf die Verhältnisse des Normaljahres das Recht der öffentlichen Religionsübung zu.

Diese Interpretation des Art. 16 der Bundesacte wird zwar nicht von allen Canonisten und Publicisten als richtig anerkannt; mehrere derselben nehmen an*) daß die Frage über das Recht der Religionsübung vom Art. 16 gar nicht berührt sey, und daß sie daher nach wie vor aus den ältern Bestimmungen insbesondere des westphälischen Friedens zu beantworten sey. Das Uebergewicht der materiellen und politischen Gründe ist jedenfalls auf der Seite, welche unser Auctor vertritt. Es unterliegt keinem Zweifel daß man bei Abfassung der Bundesacte im Sinne des damals geltenden positiven Rechts und der herrschenden öffentlichen Meinung von der Voraussetzung ausgieng, daß es über diesen Punkt keiner ausdrücklichen Bestimmung bedürfe: und nur wenn man dem Artikel 16 diesen Sinn unterlegt, erhält er seine natürliche und

---

*) Dahin gehören unter den neuern: Zöpfl, Grundsätze des Staatsrechts (IV. Aufl.), §. 532, der sich übrigens vorzüglich auf den Bundesbeschluß von 1853 bezieht, von dem Linde mit Recht bemerkt, daß ihm nicht die Eigenschaft einer authentischen Interpretation oder einer principiellen Entscheidung zukomme; dann Permaneder, Kirchenrecht (II. Aufl.) S. 80, und Jacobson in dem oben angeführten Artikel des Rechtslexikons S. 414.

ungezwungene Erklärung und Ergänzung. Ist diese Auslegung der Bundesacte die richtige, dann hat ebenso die katholische Kirche ein Recht auf Existenz und auf freie Religionsübung in Mecklenburg, wie die protestantische Kirche in Oesterreich*), und weder hier noch dort kann man sich dann jetzt noch auf die Verhältnisse aus der Zeit des Reichs und auf den westphälischen Frieden berufen, um die rechtliche Gleichstellung dort der katholischen Kirche mit der protestantischen, hier der protestantischen mit der katholischen abzulehnen.

Die Mecklenburgische Regierung hat sich, um ihr Verfahren gegen die katholische Confession zu rechtfertigen, unter anderm auch darauf gestützt daß in der Aufnahme der katholischen Kirche als einer öffentlichen Religionsgesellschaft eine Verletzung der Rechte der protestantischen Kirche liege, und daß sohin der Landesherr rechtlich außer Stande sey, die wohlbegründeten Rechte der letztern aufzuheben oder zu schmälern. Mecklenburg ist sohin nach der Ansicht seiner Regierung ein exclusiv-confessioneller und zwar ein exclusiv protestantischer Staat, der in Deutschland nicht seines Gleichen hat. Linde weist mit guten Gründen nach (Nr. 2 S. 83 ff.), daß diese Behauptungen irrig seyen; die bloße Aufnahme einer neuen Confession entziehe der älteren nichts an ihren Rechten**), und zudem sey die Aufnahme-Befugniß der deutschen Landesherren

*) Die Bestimmungen über das Normaljahr und die daraus hervorgehende Beschränkung des Landesherrn ward bekanntlich auf Oesterreich nicht ausgedehnt. Nur in Bezug auf Schlesien übernahm der Kaiser gewisse Verpflichtungen (J. P. O. Art. V. §§. 38, 39 und 40). Auf die übrigen Provinzen bezieht sich nur der §. 41 des Friedensinstruments, der in der That alles der Willkür anheimstellt. Derselbe lautet nämlich: „Cum de majore religionis libertate et exercitio in reliquis Caesareae Majestatis et Domus Austriacae regnis et provinciis concedendo in praesenti tractatu varie actum sit, nec tamen ob Caesar. Plenipotentiariorum contradictiones conveniri potuerit, Regia Majestas Sueciae et Aug. Confessionis Ordines facultatem sibi reservant, eo nomine in proximis Comitiis aut alias apud Suam Caesaream Majestatem, pace tamen semper permanente . . . ulterius respective amice interveniendi et demisse intercedendi“.

**) Unser Auctor bleibt sich freilich in diesem Punkte nicht consequent, denn er sieht in der Anerkennung der protestantischen Confession durch den westphälischen Frieden eine Rechtsverletzung gegen die katholische Kirche (Nr. 3 S. VII).

durch den §. 63 des Reichsdeputationshauptschlusses sogar positiv anerkannt. Zugleich wird eine Reihe von geschichtlichen Belegen dafür beigebracht, daß die mecklenburgische Regierung jedenfalls vom Jahre 1808 d. i. von der Zeit ihres Beitritts zum Rheinbunde an bis in das Jahr 1852 die Dinge ganz anders angesehen und behandelt habe, als in der neuesten Zeit, und daß erst seit dem Jahre 1852 die katholische Kirche von der Gleichheit ausgeschlossen werde (S. vorz. Nr. 2 S. 70, 71, 77, 118).

Die Schrift unter Nr. 3 beschäftigt sich vorzüglich mit der Erörterung der Schutzmittel, welche der katholischen Kirche in Fällen, wo sie wie in Mecklenburg in ihren Rechten verletzt zu seyn behauptet, zur Abhülfe zu Gebote stehen, und zwar bildet ihren Hauptinhalt die Kritik des Bundesbeschlusses vom 9 Junius 1853, in dem die Bundesversammlung aussprach „daß sie sich nicht für ermächtigt halte, auf die vorliegende Beschwerde des Kammerherrn von der Kettenburg einzugehen."

Die Gründe, welche diesen Majoritätsbeschluß rechtfertigen sollen, zeigen sich bei gründlicher Prüfung als unhaltbar, auch selbst dann, wenn man davon ausgeht, daß das Recht auf vollkommen freie öffentliche Religionsübung im Artikel 16 der Bundesacte nicht enthalten sey. Denn so viel ist jedenfalls gewiß, daß die Religionsübung unter die bürgerlichen Rechte zähle, in Bezug auf welche der Art. 16 ausdrücklich die Bekenner verschiedener Confessionen einander gleichstellt. Da diese Verfügung in die Bundesacte aufgenommen ist, so findet auch die Vorschrift des Art. 17 der Wiener-Schluß-Acte von 1820 auf sie Anwendung, der zufolge der Bundestag berufen ist „die in der Bundesacte enthaltenen Bestimmungen, wenn über deren Auslegung Zweifel entstehen sollten, dem Bundeszweck gemäß zu erklären und in allen vorkommenden Fällen dieser Urkunde ihre richtige Anwendung zu sichern." Besonders hervorgehoben wird dieser Beruf der Bundesversammlung bezüglich der im II. Abschnitte der Bundesacte, also auch der im Art. 16 gewährleisteten Rechte im Artikel 53 der Schluß-Acte, wo es heißt: „ihr liegt ob, die Erfüllung der durch diese Bestimmung übernommenen Verbindlichkeiten, wenn sich aus hinreichend begründeten Anzeigen der Betheiligten ergibt, daß solche nicht stattgefunden habe, zu bewirken. Die Anwendung der in Gemäßheit dieser Verbindlichkeiten getroffenen allgemeinen Anordnungen auf

die einzelnen Fälle bleibt jedoch den Regierungen allein überlassen." Daß der im letzten Satze vorgesehene Fall hier vorliege, daß es sich also in Mecklenburg bloß um die Anwendung der in Gemäßheit des Art. 16 der Bundesacte getroffenen allgemeinen Anordnungen handle, wird außer der Majorität der Bundesversammlung kaum noch von jemanden behauptet werden. — Wenn zur Unterstützung des Beschlusses auf Art. 7 der Bundesacte Bezug genommen wurde („wo es . . . auf Religionsangelegenheiten ankommt, kann kein Beschluß durch Stimmenmehrheit gefaßt werden"), so wird in der Schrift Nro. 3, wie uns scheint mit Grund, dagegen eingewendet, daß diese Verfügung sich nicht auf jene Verhältnisse erstrecken könne, die unter den Art. 16 fallen, und die durch diesen bereits geregelt sind, die daher nun von der Bundesversammlung lediglich in ihrem Vollzuge überwacht werden sollen. Im Artikel 7 können daher nur jene Religionsangelegenheiten gemeint seyn, welche einer Regelung noch bedürfen, daher werden sie im Zusammenhange mit der Annahme und Abänderung der Grundgesetze genannt. — Für den Mehrheitsbeschluß ist weiter geltend gemacht worden, daß bezüglich der Religionsangelegenheiten eine Beschwerde seitens der Unterthanen wider die Landesregierung bei der Bundesversammlung nicht stattfinde, weil theils das Recht einer solchen Beschwerdeführung bei der Unanwendbarkeit des Art. 53 keinen Halt in den Grundgesetzen habe (Art. 17!), theils eine Beschwerdeführung undenkbar sey, wo eine Abhülfe nur unter Zuziehung dessen erfolgen könne, wider den jene gerichtet sey. — Warum die Abhülfe der Beschwerde nur auf diese Weise erfolgen könne, dafür wird nichts beigebracht als der Art. 7, in dem man aber eine solche abnorme Bestimmung nie entdecken wird. Wäre es richtig, daß auch in Angelegenheiten wie die hier vorliegende Stimmeneinhelligkeit zu einem Beschlusse erforderlich wäre, so könnte diese doch immer nur von den unbetheiligten Stimmen verstanden werden. — Eine Incompetenzerklärung erscheint angesichts dieser Rechtsnormen in keiner Weise gerechtfertigt, und man müßte sie in der That vollkommen unerklärlich finden, wüßte man nicht aus andern Anlässen, daß dieser Ausweg, sich einer Angelegenheit zu entledigen, zu den von der Bundesversammlung vorzugsweise beliebten gehört. — Man konnte die Beschwerde, wenn man dem Art. 16 die oben berührte engere Bedeutung unterlegte, als nicht

begründet erklären, aber die Zuständigkeit konnte und sollte man nicht in Abrede stellen, weil man dadurch Rechtlosigkeit auf einem Gebiete ausspricht, auf dem sie am allergefährlichsten ist. Die Betheiligten werden, falls ihnen der ordentliche Weg Rechtens verschlossen wird, wenn auch nicht berechtigter so doch erklärlicherweise zur Selbsthülfe und zu andern außerordentlichen Auskunftsmitteln gedrängt. Linde erörtert denn auch (Schrift Nro. 3 S. 158 ff.) die Frage, was für Mittel und Wege der Kirche noch übrig bleiben, nachdem sie die Hülfe des Bundes erfolglos angerufen, um ihre Rechte geltend zu machen. Da es an einem Bundesgerichte, das analog den höchsten Reichsgerichten für die Entscheidung von staatsrechtlichen Streitigkeiten zuständig wäre, leider bis zur Stunde noch mangelt; da ferner die Gerichte des einzelnen Landes in Streitigkeiten der genannten Art der Natur ihrer Stellung nach incompetent sind, so bleibt zur Beilegung von Streitfällen wie dem hier vorliegenden in der That nur der Weg diplomatischer Verhandlung und der Verständigung zwischen der geistlichen und weltlichen Gewalt übrig. Unser Auctor bleibt indessen hiebei nicht stehen, sondern um uns sofort den Beweis zu liefern wie bedenklich die Rechtlosigkeit sey, stellt er den Satz auf und sucht ihn zu vertheidigen, daß die in ihren Rechten verletzten Katholiken die Intercession auswärtiger Mächte, namentlich Frankreichs und Schwedens, anzurufen berechtigt seyen. Denn der westphälische Friede, bezüglich dessen die beiden genannten Mächte Mitcontrahenten resp. Garanten seyen, räume in Art. XVII. §. 6 dieses Recht ausdrücklich ein, und derselbe sey in diesem Punkte bis jetzt nicht aufgehoben. — So sehr wir das negative Verhalten des Bundesorganes beklagen, so sollte dieser von Deutschland allein zu vertretende Uebelstand doch nimmermehr dazu führen, daß man zu fremder Hülfe rathe; schon das gewöhnliche Schicklichkeitsgefühl, von Vaterlandsliebe ganz zu geschweigen, sollte jeden Deutschen davon abhalten. — Unser Schriftsteller sucht zwar die Verantwortung hiefür auf die Reformation und ihre Anhänger zu wälzen; er äußert nämlich (Nro. 3 S. 165): „Die Interventionen auswärtiger Mächte in deutsche Angelegenheiten datiren bekanntlich aus der Reformationszeit; sie waren damals auf den Schutz der neuen Religion gegen die römisch-katholische gerichtet.“ Allein abgesehen davon, daß diese Behauptung bekanntlich unerweislich und

unrichtig ist *), wäre sie, auch wenn begründet, nicht geeignet, Schritte wie die hier fraglichen zu rechtfertigen oder auch nur zu entschuldigen. Darum weil ein anderer etwa unpolitisch und unpatriotisch gehandelt hat, erlangen wir kein Recht, nun eben so zu handeln. — Uebrigens hätten die Theilnehmer am westphälischen Frieden, auch wenn ihre Intercession begehrt würde, kein Recht, sich in die hier streitigen Verhältnisse zu mischen. Denn daß die katholische Kirche auf Grund des westphälischen Friedens zur öffentlichen Religionsübung in Mecklenburg befugt sey, hat unser Auctor selbst nicht behauptet, sondern er gibt zu, daß im Normaljahr bloß die protestantische Confession im Besitze war. Daß sich aus der Rheinbundacte und aus der deutschen Bundesacte kein Interventionsrecht ableiten lasse, können wir hier bloß andeuten **).

Als der einzig angemessene Weg, etwaige Streitigkeiten zwischen Kirche und Staat zu schlichten und das richtige Verhältniß zwischen beiden Gewalten herzustellen, bleibt demnach nur der einer gütlichen und freundlichen Verständigung übrig, sowohl wenn es sich um die Regelung des gegenseitigen Verhältnisses der beiden Gewalten im allgemeinen, als dann, wenn es sich um die Schlichtung einzelner streitiger Fragen handelt. Nur so ist es möglich, nicht bloß den Frieden, sondern wirkliche, auf Vertrauen beruhende Freundschaft, die für das Gedeihen beider Anstalten so nothwendig ist, zu begründen und zu erhalten. Freilich haben die kleineren deutschen Staaten in dieser Beziehung besondere Schwierigkeiten zu überwinden, die vorzüglich in ihrer geringen politischen Bedeutung ihre Quelle haben. Gerade deßhalb wäre es doppelt erwünscht, wenn die Ordnung und Ueberwachung der allgemeinen Grundsätze über Religions- und Kirchenangelegenheiten als Bundessache betrachtet und behandelt würde. Die neueren Beschlüsse der Bundesversammlung lassen uns leider keine Hoffnung, daß dieser Wunsch bald in Erfüllung gehen werde, obwohl bei den bis zur Stunde noch unerledigten Differenzen in der oberrheinischen Kirchenprovinz

*) Wir möchten dem Verfasser die Worte zurufen, die er in Nr. 2 S. 55 gegen den Urheber der mecklenburgischen Staatsschrift richtet: „Wer Geschichte schreibt, muß bei der Wahrheit bleiben."

**) Vergl. H. A. Zachariä, Deutsch. Staats- und Bundesrecht (2. Aufl.) Bd. I. S. 174.

für den Bund Grund genug vorgelegen hätte, sich der Sache anzunehmen und sie zu Ende zu führen. Die Bewahrung der Unabhängigkeit und Unverletzbarkeit der einzelnen deutschen Staaten gehört ja zu den in den Grundgesetzen ausdrücklich genannten Zwecken des Bundes.

Wenn sich die Staats- und die Kirchengewalt über ihr Verhältniß zu einander verständigen und das Ergebniß ihrer Verständigung in Form eines Vertrages anerkennen, so pflegt man dieses ein Concordat zu nennen, das man mit einem Gränz-Regulirungsvertrag unter Staaten vergleichen könnte. Denn sein Hauptzweck ist, die Gränzen der beiden Gewalten zwar nicht in geographischer Beziehung, wohl aber in Ansehung der Gegenstände ihrer Competenz möglichst genau zu bestimmen und deßfallsigen Streitigkeiten vorzubeugen. Die Abschließung des Concordats als eines Vertrags unter coordinirten Personen involvirt die gegenseitige Anerkennung als selbständiger, von einander unabhängiger Mächte, und es versteht sich daher von selbst, daß im Zweifel die Rechte und Pflichten der beiden Contrahenten nach den Grundsätzen der Gleichberechtigung bemessen werden müssen; keiner ist dem andern untergeordnet. In demselben Grade und aus demselben Grunde, aus welchem die Kirche die Unabhängigkeit vom Staate verlangt, muß sie dieser von der Kirche in Anspruch nehmen. Er kann daher nicht ohne Prüfung von seiner Seite und ohne seine Gutheißung kirchlichen Acten weltliche Wirkung und Vollziehung angedeihen lassen.

Bekanntlich hat in jüngster Zeit (am 18 Aug. 1855) Oesterreich ein Concordat mit dem römischen Stuhle abgeschlossen, und die oben unter Nro. 5 genannte Broschüre von Jacobson hat es sich zur Aufgabe gesetzt, einerseits seinen Inhalt mit den bisherigen Rechtszuständen der Kirche in Oesterreich zu vergleichen und auf die wichtigsten Folgen aufmerksam zu machen, welche sich entweder unmittelbar oder mittelbar aus dem Concordate ergeben, andrerseits die rechtliche Stellung der Evangelischen in Oesterreich sowohl an sich als gegenüber dem Concordate in ihrer jetzigen Gestalt darzulegen und die Art ihrer definitiven Ordnung anzudeuten. Der Verfasser weist vorerst mit Recht darauf hin, daß das österreichische Concordat der Kirche Zugeständnisse von so unbestimmter Tragweite mache (insbesondere in dem Art. I., XXIV. und XXV.), daß es im Interesse des

Staates selbst sowie im Interesse der Sicherung der Existenz der übrigen Confessionen gelegen hätte, denselben eine Beschränkung auf das richtige Maß beizufügen, indem sich der Staat seine eben so wesentlichen als unveräußerlichen Rechte in irgend einer Form vorbehielt. Konnte oder wollte dieser Vorbehalt nicht in den Context des Concordats selbst aufgenommen werden, so mußte er wenigstens, wie in Frankreich (1802) und in Bayern (1818), bei der Publication des Concordats als Staatsgesetz ausgesprochen werden. Allein es findet sich weder im Concordate selbst irgendeine solche Bestimmung, noch ward sie der Publication zugefügt, in Folge deren man die Hoheitsrechte des Staates als durch den Vertrag unberührt bezeichnen kann. — Wir sind nun zwar mit J. der Meinung, daß dieses Stillschweigen keinen Verzicht involvire, daß vielmehr die wesentlichen Majestätsrechte, eben weil sie nicht ausdrücklich aufgegeben sind, nach wie vor bestehen bleiben. Allein der ganz unbedingten Anerkennung der Rechte der Kirchengewalt gegenüber lassen sich wenigstens Scheingründe gegen die staatlichen Befugnisse anführen, und die Regierung wird genöthigt, das erst zu erkämpfen und sich zu sichern, was im andern Falle klar und widerspruchlos wäre. Daß die Besorgniß, man könnte das Schweigen als Verzicht deuten, nicht ohne Grund sey, dafür sprechen die seitdem in Oesterreich vorgekommenen Thatsachen, und dafür liefert uns Linde in der sub Nr. 3 genannten Broschüre den Beleg. Um seine Behauptung zu rechtfertigen, daß der Zustand der katholischen Kirche de jure zur Zeit des Rheinbundes günstiger gewesen sey als jetzt, indem man damals das jus circa sacra nicht zu den Souveränitätsrechten gezählt habe, beruft er sich einfach auf den Art. 26 der Rheinbundacte (S. 112)! Jedermann weiß aber, daß in der Rheinbundacte überhaupt mit keinem Worte von der Kirche und ihrer Stellung die Rede ist, und daß der Art. 26 nur das Verhältniß der mediatisirten Fürsten und Grafen zu den Souveränen regelte, — daß man sich also auf diesen Staatsvertrag überhaupt nicht berufen könne, wenn es sich um die rechtliche Stellung der Kirche handelt. Uebrigens würde, auch wenn der citirte Artikel*)

*) Derselbe lautet nämlich: „Les droits de souveraineté sont ceux de législation, de jurisdiction suprême, de haute police, de conscription militaire ou recrutement et d'impôt."

aus seinem Zusammenhang gerissen und ganz allgemein interpretirt werden wollte, das nicht daraus gefolgert werden können, was L. daraus folgert; denn die Gesetzgebung und die andern genannten Hoheitsrechte würden sich doch offenbar auch auf die Kirche erstrecken, da diese nirgends ausgenommen ist.

Das Bedenkliche, welches in diesem Schweigen des Concordats über die grundsätzliche Stellung des Staates zur Kirche liegt, steigert sich noch, wenn man erwägt daß Rechte rein staatlichen Charakters dem Kaiser von Oesterreich im Concordate von der Kirchengewalt bloß „in Berücksichtigung der obwaltenden Zeitverhältnisse als zeitliche Concessionen zugestanden werden.“ Aus diesem Grunde läßt es Seine Heiligkeit zu, daß die rein bürgerlichen Angelegenheiten der Geistlichen von dem weltlichen Richter verhandelt und entschieden werden *), und hindert dieselbe nicht, daß in Verbrechens- und Vergehensfällen derselben die weltlichen Gerichte verfahren (Art. XIII. und XIV. des Concordats). Damit hat Oesterreich in diesem Punkte die Jahrhunderte lang in seiner Gesetzgebung und Verwaltung festgehaltenen Grundsätze verlassen, und sich principiell auf den Standpunkt des canonischen Rechts gestellt, wenn es sich auch die Ausübung der fraglichen Befugnisse zur Zeit noch bewahrt hat. — Daß die Staatsgesetze sich auch auf kirchliche Personen und Sachen erstrecken, davon findet man weder im Concordate selbst, noch in der Publicationsformel eine Andeutung; überall wird vielmehr bloß auf die Canones verwiesen, wie insbesondere in den Artikeln XXX. und XXXIV. Der letztere besagt wörtlich: „Cetera ad personas et res ecclesiasticas pertinentia, quorum nulla in his articulis mentio facta est, dirigentur omnia et administrabuntur juxta ecclesiæ doctrinam et ejus vigentem disciplinam a Sancta Sede adprobatam **).“ Die Folgerungen, welche dieser Artikel möglich

*) Wesentlich verschieden davon ist die Fassung des bayerischen Concordats (Art. XII. Lit. c.). Nachdem die geistliche Gerichtsbarkeit, namentlich in Ehesachen, anerkannt ist, werden davon ausgenommen die „causæ mere civiles Clericorum, quas Laici judices cognoscent et definient.“

**) Derselbe Passus begegnet uns auch im bayerischen Concordate; allein hier ist ihm durch den §. 103 des Religions-Edicts die nöthige Beschränkung gegeben.

macht, sind in der That unübersehbar. So kann Jemand behaupten, die Geistlichen und die Besitzungen der Kirche seyen jetzt in Oesterreich steuerfrei, denn das Concordat erwähnt der Steuerpflicht nicht, also gilt die vigens ecclesiæ disciplina (Conc. Trid. sess. XXV. c. 20 de reform.). Von den Staatsgesetzen wird, wenn wir nicht irren, nur zweimal im Concordate gesprochen, in den Artikeln XXXIII. und XXXV. In dem ersteren gestattet (permittit) das Oberhaupt der Kirche „instante Majestate sua et intuitu tranquillitatis publicæ," daß statt des durch das bürgerliche Gesetz aufgehobenen Zehenten der Kirche ein Aequivalent gewährt werde. In dem letzteren werden die älteren leges, ordinationes et decreta, insoweit sie dem Concordate widersprechen, für aufgehoben erklärt und „die Uebereinkunft selbst wird fortan im ganzen Umfange des Reichs wie ein Staatsgesetz gelten" *).

Doch da es unsere Absicht nicht ist, das österreichische Concordat einer erschöpfenden Beurtheilung zu unterziehen, so mag das Bemerkte genügen; es reicht hin um den Standpunkt zu bezeichnen, den man bei der Abschließung des Concordats eingenommen hat. Es bleibt uns nur noch übrig, über die andere Partie der Abhandlung von J. einige Worte zu sagen. Wer die bisherigen Andeutungen überblickt, dem wird es erklärlich scheinen, daß die Verkündung des Concordats den österreichischen Protestanten ernste Besorgnisse erregte, insbesondere wenn man bedenkt, daß die Stellung der protestantischen Kirche in Oesterreich von jeher eine ungünstigere war als in den übrigen deutschen Staaten. Wir haben oben schon erwähnt, daß der westphälische Friede auf die österreichischen Protestanten im allgemeinen keine Anwendung fand. Erst in den letzten Decennien des vorigen Jahrhunderts nahm unter Joseph II. und Leopold II. die Staatsgesetzgebung sich ihrer an und ertheilte ihnen eine Reihe von Bewilligungen, in Folge deren sie fortan wenigstens als geduldete Religionsgesellschaft angesehen und behandelt wurden (S. 6—8). Dieser Zustand der

---

*) „*Ipsa conventio ut Lex status* deinceps in iisdem ditionibus perpetuo *vigebit*." Angemessener ist in diesem Punkte die Fassung des bayerischen Concordats Art. XVIII.: „A Majestate Regia Conventio Lex Status declarabitur." Vergl. noch Bluntschli, Allg. Staatsr. 2. Aufl. Bd. II. S. 328.

Dinge dauerte im wesentlichen unverändert bis in die neueste Zeit fort. Daß man die Bestimmung des Art. 16 der deutschen Bundesacte auch nur in dem engern Sinne, den der Wortlaut unmittelbar bezeichnet, in Oesterreich in Ausführung gebracht habe, dafür sind uns keine belegenden Thatsachen bekannt geworden *); man hat die Verschiedenheit, welche zum Nachtheile der Protestanten in Bezug auf bürgerliche und politische Rechte bestanden hatte, nicht aufgehoben, geschweige daß man die protestantische Confession als solche der katholischen gleichgestellt hätte **). Erst die Bewegungen der jüngsten Zeit haben Anlaß gegeben, sich wieder mit der Regelung der Angelegenheiten der protestantischen Kirche zu beschäftigen. Durch die provisorische Verordnung vom 30 Jan. 1849 (S. 105 ff.) und durch einige neuere Erlasse der Gesetzgebung wie z. B. die provisorische Verordnung vom 3 Jul. 1854, die sich vorzugsweise auf Ungarn bezieht (S. 114), hat dieselbe den Charakter einer recipirten Kirche erhalten, und wird nun wenigstens in der Regel als gleichberechtigt mit der katholischen behandelt. Allein diese Gleichberechtigung ist nur im Grundsatze ausgesprochen, in ihren Consequenzen aber noch nicht definitiv in Vollzug gesetzt. Die gesetzlichen Normen zur Ordnung der protestantischen Kirchen- und Religionsangelegenheiten haben sämmtlich bloß ein Provisorium begründet, das an sich und seinem Inhalte nach nicht geeignet ist, die Protestanten im Besitze und Genusse des Rechtes der Gleichberechtigung als gesichert zu betrachten. Seit der Bekanntmachung des Concordats hat das Verlangen nach einer definitiven Ordnung der protestantischen Kirchenangelegenheit noch gerechtern Grund sich geltend zu machen. Daß diesem Verlangen auch entsprochen werde, dafür bürgt einerseits die in der Sache

---

*) J. berührt den Art 16 der Bundesacte gar nicht, wohl darum weil er, wie oben S. 166 Note * angeführt, zu denjenigen gehört, welche denselben auf die Confessionen als solche nicht ausdehnen. Indessen bleibt dann doch die Gleichstellung der Einzelnen!

**) Nach dem bekannten Grundsatze: „Was dem Einen recht, ist dem Andern billig" sollte man freilich erwarten, daß Oesterreich den Art. 16 in dem weitern Sinne, den wir ihm oben vindicirten, aufgefaßt und vollzogen habe; denn in der Beschwerdesache gegen die mecklenburgische Regierung stand sein Gesandter in der Bundesversammlung auf Seite der Minorität, welche die Beschwerde für begründet erklärte.

selbst liegende Nöthigung und das wiederholt abgegebene Versprechen der Regierung. Wir verweisen in dieser Beziehung insbesondere auf die Aeußerung, mit welcher die officielle Zeitung das Concordat bei seiner Publication begleitete: „In dieser rückhaltlosen Anerkennung der Rechte der katholischen Kirche liegt für alle andern religiösen Genossenschaften des Kaiserstaats die sichere Gewähr der ihrigen. Das Rechtsgefühl, das hier vorwaltete, wird auch der Maßstab bei Regulirung ihrer Verhältnisse seyn, und sie, welche mit anerkanntem gesetzlichen Bestand erprobt in Treue und Anhänglichkeit an das regierende Haus den Schutz des Gesetzes und den Schirm einer unparteiischen Regierung beanspruchen, werden sich in ihren Erwartungen nicht getäuscht finden. Die Gleichheit vor dem Gesetze, das über alle sich erstreckende gleiche bürgerliche Recht, die Unparteilichkeit der in entscheidenden Kreisen vorwaltenden Anschauungen, endlich die ungehemmte Feststellung ihres inneren Organismus und der Schutz für dessen Bestand gibt ihnen genügende Garantien eines ruhigen Fortbestandes und einer ungetrübten Entwicklung." Erst wenn die Worte des westphälischen Friedens (Art. V. §. 1) „Sit æqualitas exacta mutuaque, ita ut quod uni parti justum est, alteri quoque sit justum" in Oesterreich und in unsern deutschen Staaten überhaupt zur Wahrheit werden, hat der Staat die richtige Stellung zur Kirche eingenommen, und ist er im Stande, der unparteiische Schirmherr einer jeden Confession zu seyn und den Frieden unter ihnen mit Erfolg aufrecht zu halten.

München im März 1857.

Pözl.

IX.

Das Beweisverfahren nach deutschen Rechten.

Seitdem Rogge seine Schrift „Ueber das Gerichtswesen der Germanen" herausgegeben und in derselben insbesondere auch dem Beweisverfahren nach deutschen Rechten eine eingehende Erörterung gewidmet hatte (1820), wurde dem deutschen Gerichtswesen überhaupt, und namentlich auch diesem besonderen Abschnitte desselben mehrfältig weitere Besprechung zu Theil. K. F. Eichhorn und eine Reihe anderer Männer, welche nach ihm die deutsche Rechtsgeschichte bearbeiteten, mußten sich wenigstens andeutend auch über das Beweissystem unserer Vorfahren aussprechen; noch näher streiften einzelne Schriften über andere Theile des deutschen Gerichtswesens an diesem Gebiete vorüber; die äußerliche Gestaltung des Verfahrens überhaupt und somit auch des Beweisverfahrens erhielt durch J. Grimm's Rechtsalterthümer hellere Beleuchtung; endlich fehlte es auch nicht an einzelnen Arbeiten, welche das Beweisrecht überhaupt, oder selbst einzelne gesonderte Theile desselben sich zum Gegenstande wählten. Bereits in den Jahren 1825 und 1827 schrieb Albrecht seine beiden einschlägigen Abhandlungen (Doctrinae de probationibus secundum jus Germanicum medii aevi adumbratio, dann Commentatio juris Germanici antiqui doctrinam de probationibus adumbrans); im Jahre 1846 folgte Planck mit einem umfassenden Aufsatze über „das Recht der Beweisführung nach dem älteren deutschen, besonders sächsischen Verfahren" (in der Zeitschrift für deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft, von Beseler, Reyscher und

Wilda, X. 205—324) [1]), sowie Jul. Jolly mit einer kleineren Abhandlung über denselben Gegenstand (Ueber das Beweisverfahren nach dem Rechte des Sachsenspiegels; Mannheim, bei Heinr. Hoff); eben jetzt endlich reiht sich, wenn wir von Arbeiten noch speciellerer Begränzung hier vorläufig absehen wollen, diesen Vorgängern C. R. Sachße an, mit einer Schrift über „das Beweisverfahren nach deutschem, mit Berücksichtigung verwandter Rechte des Mittelalters" (Erlangen, Ferd. Enke, 1855, VIII. und 286 Seiten, 8.). Einen Ueberblick über das bisher Geleistete und den derzeitigen Stand der Forschung zu geben scheint aber umsomehr am Platze, als die Umwälzungen, welche eben jetzt vor unseren Augen auf dem Gebiete des deutschen Strafverfahrens eingetreten, auf dem Gebiete des deutschen bürgerlichen Verfahrens aber wenigstens im Begriffe sind einzutreten, wohl geeignet sind das Interesse für die Geschichte unseres Gerichtswesens überhaupt und unserer Beweistheorie insbesondere zu steigern.

An Sachße's Schrift als an die neueste und zugleich umfassendste wird sich der Natur der Sache nach die folgende Darstellung vorzugsweise anzuschließen haben; da somit durch den von S. gewählten Standpunkt auch die Haltung unseres Berichtes mehrfach bedingt ist, mag es verstattet seyn, über die von demselben befolgte Methode und die Art ihrer Befolgung gleich von vornherein die eigene Meinung auszusprechen. Während Rogge ausschließlich der Zeit der Volksrechte seine Aufmerksamkeit zugewandt, dagegen Albrecht, Planck und Jolly umgekehrt auf die Zeit der Rechtsbücher sich beschränkt hatten, sucht S. die ältere wie die neuere Periode der deutschen Rechtsquellen gleichmäßig darzustellen; während Jolly zunächst nur den Sachsenspiegel, Planck wenn auch in etwas weiter gestecktem Umfange doch immer nur die Quellen des sächsischen Rechts im Auge behält, Albrecht wenigstens über die specifisch deutschen Quellen nicht hinausgeht und auch Rogge nur ausnahmsweise auf angelsächsisches oder alt-

---

[1]) Eine kurze Recapitulation der hier gewonnenen Ergebnisse gewährt desselben Verfassers vortreffliche spätere Schrift: Die Lehre von dem Beweisurtheil; Göttingen, 1848, S. 1 — 93. Manche neue Ausführungen schließen sich an, indessen zumeist in nicht hieher gehörigen Richtungen.

nordisches Recht hinübergreift, geht S. den außerdeutschen Rechten germanischen Stammes nicht minder als den deutschen nach, und neben Belegstellen aus den Volksrechten oder Capitularien, den Rechtsbüchern oder Stadtrechten unseres eigenen Mittelalters finden wir bei ihm nicht minder häufig die norwegischen, schwedischen und dänischen, sowie die angelsächsischen und insbesondere die normännischen Rechtsquellen angeführt. An und für sich könnten wir nun dieser räumlichen sowohl als zeitlichen Ausdehnung der Untersuchung nur unseren lebhaftesten Beifall spenden; die Vortheile, welche die Vergleichung der verschiedenen germanischen Rechte, welche die Verfolgung des gesammten Verlaufes ihrer zeitlichen Entfaltung bietet, sind ihrem vollen Werthe nach uns bekannt und von uns zugestanden. Trotzdem aber haben wir gegen Hrn. S.'s Verfahren gar mancherlei einzuwenden. Zuvörderst nämlich scheint uns nothwendige Voraussetzung eines so weit ausgesteckten Unternehmens die genaueste Kenntniß aller einzelnen einschlägigen Quellenkreise und die correcteste Kritik in deren Handhabung; wir gestehen zwar zu, daß diese Forderung bei dem dermaligen Stande der Wissenschaft eine schwer zu erfüllende sey, wir halten sie aber für dermaßen unerläßlich, daß wir, falls deren Erfüllung unmöglich scheint, lieber (wie von Rogge, Albrecht, Jolly, Planck geschehen) eine engere Begränzung des zu untersuchenden Gebietes als einen Mangel an Verläßigkeit in Führung der Untersuchung uns gefallen lassen. Zweitens glauben wir darauf bestehen zu müssen, daß die verschiedenen Stadien in der Entwicklung der einzelnen Rechte gehörig auseinandergehalten werden; allgemein gültig, scheint uns diese Forderung auf dem hier vorliegenden Gebiete ganz besondere Bedeutung zu behaupten, weil das germanische Beweissystem bekanntlich schon sehr früh eingreifende Veränderungen erlitten hat, und somit die Gefahr hier ganz besonders nahe liegt, daß der Ausgangs- und Schwerpunkt für die Behandlung einzelner Institute in Erscheinungen gesucht werden möchte, welche doch erst einer Zeit ihrer Umgestaltung oder ihres Verfalles zuzurechnen sind. Endlich müssen wir in ganz gleicher Weise auch auf die genaueste Sonderung der einzelnen Stammrechte bei der Untersuchung dringen. Trotz aller Gemeinsamkeit der obersten Grundzüge gehen doch in ihren äußeren Erscheinungsformen die verschiedenen germanischen Rechte oft weit

auseinander, und auf einem so vorwiegend formalen Gebiete wie das processualische muß dieser Umstand sich ganz besonders fühlbar machen; wie im Bereiche der vergleichenden Sprachkunde, so können auch in dem der vergleichenden Rechtsgeschichte recht wohl da und dort äußerlich ähnliche Erscheinungen wiederkehren, deren Gleichartigkeit doch vor näherer Prüfung verschwindet, können umgekehrt scheinbar sehr weit auseinander liegende Vorkommnisse von eingehenderer Betrachtung als wesentlich übereinstimmende erkannt werden. Nach allen drei Seiten hin können wir nun mit S.'s Art seinen Stoff zu behandeln uns keineswegs einverstanden erklären. Von einer durchdachten Gliederung der einzelnen Quellenkreise, wie solche Wilda in seiner Geschichte des Strafrechts durchgeführt hat, ist bei ihm keine Spur zu finden, vielmehr werden in buntester Weise Satzungen durcheinander geworfen, welche den verschiedensten Zeiten und Orten angehören; es ist geradezu eine Ausnahme, wenn in einzelnen Fällen eine Verschiedenheit der räumlichen und zeitlichen Gestaltung hervorgehoben wird. Nicht minder bedauerlich macht sich ferner ein durchgreifender Mangel an erschöpfender Kenntniß des Quellenmateriales, macht sich ein eben so empfindlicher Mangel an Sorgfalt in der Behandlung der einzelnen Quellenstellen bemerklich. Für den letzteren Vorwurf wird sich später noch wiederholt Gelegenheit bieten Belege beizubringen; nach der ersteren Seite hin mögen bereits hier einige der gröbsten Versehen bemerkt werden. Als eine Hauptabsicht bei seiner Schrift bezeichnet Hr. S. die Hinweisung auf die in processualischer Beziehung bisher nur wenig benützten Leges Normannorum, und er widmet diesen Gesetzen sogar eine ausführliche litterarhistorische Erörterung (S. 14—17); dennoch aber hat er völlig übersehen, daß deren sehr interessante ältere Quelle längst von Marnier aufgefunden und herausgegeben, und daß neben dem französischen auch ein lateinischer Text derselben inzwischen von Warnkönig mitgetheilt worden ist (Établissements et coutumes, assises et arrêts de l'échiquier de Normandie au treizième siècle (1207—45), par M. A. J. Marnier, Paris, 1839; Warnkönig und Stein, französische Staats- und Rechtsgeschichte, II. Urkundenbuch, S. 1 und folgende) [1]. Ausführlich erörtert

[1]) Beiläufig bemerkt ist auch irrig, was S. über die Entstehungszeit der späteren Quelle bemerkt. Der lateinische Text (l. c. 8. §. 10,

der Verfasser das Eidhelfersystem des alamannischen Rechtes (S. 48 u. folg.); daß aber durch die in den Monumenten erschienene Ausgabe der Lex Alamannorum von Merkel (1851) die Textes-kritik sowohl als die Quellengeschichte dieses Gesetzbuches zum erstenmale eine verlässige Grundlage erhalten hat, scheint ihm unbekannt geblieben zu seyn, da er noch von Additamentis in älterer Weise spricht und, wie auch für die Capitularien, noch frischweg die alte Ausgabe des Georgisch seinen Anführungen zu Grunde legt. Sehr häufig werden ferner die norwegischen Gesetze

---

bei Ludewig, S. 161—2) spricht von einer Verordnung des excellentissimus Francorum Rex Ludovicus, post illustrem regem Philippum recordationis pie secundus, und der französische (c. 6, bei Richebourg, S. 4) noch bestimmter von einem établissement, welches le noble Roy de France Loys, qui fut le second après le Roy Philippe, erlassen habe. Offenbar ist damit der zweite König des Namens Ludwig bezeichnet, welcher auf einen König Philipp folgte, also der für die Gesetzgebung so überaus thätige Ludwig der Heilige (1226 — 70). Da diesen der französische Text ganz bestimmt, der lateinische wenigstens nach einer möglichen Deutung als schon verstorben bezeichnet, kann somit die Quelle erst nach 1270 entstanden seyn. Es ist völlig willkürlich, wenn S. den lateinischen Text vorziehen und in einer dem französischen widersprechenden Weise deuten will; noch willkürlicher, wenn derselbe die Worte auf den nächsten Nachfolger Philipps, also Ludwig VIII., beziehen will: secundus kann nun und nimmermehr in solcher Verbindung für sequens stehen. Ebenso unbegründet sind S.'s Folgerungen aus den Angaben über die Verjährungsfristen. Der französische Text (c. 111, S. 47), auch hier correcter als der lateinische (II. c. 40, §. 19—20, S. 360—1), zeigt daß diese Frist erst von der Krönung K. Heinrichs II. (1154) lief, in Folge einer Verordnung des K. Philipp August (1179—1223) aber von der Krönung des K. Richard I. (1189). Wenn nun dem Verfasser des Coutumier auch dieser letztere Termin, welcher sich bereits in den Établ. bei Marnier S. 74 und 76 findet, allzu entlegen scheint, so läßt sich daraus zwar schließen, daß weit über 30 (nach c. 22, S. 11 Richeb. 40) Jahre seit jener Krönung verflossen waren, nicht aber eine Maximalgränze für diesen Zeitabstand gewinnen. Endlich läßt sich auch aus der angeblichen Verbindung der Coutume mit dem sogenannten Livre de la reine Blanche nichts schließen; ist doch nicht einmal die Existenz und Bedeutung dieses letzteren, geschweige denn jene Verbindung aufgeklärt, vgl. Anschütz in der krit. Zeitschr. für Rechtswissenschaft des Auslandes, XXIII, S. 332—3. Im übrigen vgl. Schäffner, Geschichte der Rechtsverfassung Frankreichs, III. S. 89—94; Warnkönig und Stein, ang. O. S. 44—7.

angeführt und benutzt, allein statt nach der doch schon vor Jahren (1846—9) erschienenen tüchtigen Ausgabe des Urtextes noch immer nach der unverlässigen dänischen Uebersetzung des alten Paus u. dergl. m. Ein derartiges Verfahren muß geradezu als unerlaubt bezeichnet werden. Was würde man wohl von einem Philosophen sagen, der heutzutage noch seine Kenntniß des Aristoteles aus den Uebersetzungen der Araber schöpfen, oder von einem Romanisten, der die Institutionen Justinians nach des ehrlichen Fuchsberger Uebersetzung benützen, die Entdeckung des Gajus aber vollends ignoriren wollte?

Bei der Darstellung des Beweisverfahrens selbst erscheint es aber zweckmäßig, die Besprechung der einzelnen üblichen Beweismittel an und für sich von der Frage nach deren Verhältniß zu einander und nach den Regeln, welche die Vertheilung der Beweisführung unter die Streittheile ordnen, zu trennen, und überdieß die Zeit der Volksrechte von der Zeit der Rechtsbücher des späteren Mittelalters wesentlich gesondert zu behandeln; die altnordischen Provincialrechte werden dabei natürlich, obwohl ihre Aufzeichnung einer späteren Zeit angehört, mit Rücksicht auf ihren inneren Charakter den deutschen Leges anzureihen seyn.

1. Die einzelnen Beweismittel.

Drei Hauptbeweismittel kennt das ältere Recht: Zeugen, den Parteieneid, endlich die Gottesurtheile; an den Zeugenbeweis schließt sich der Beweis durch Urkunden, an den Parteieneid der Schwur der Eidhelfer lediglich an, und in späterer Zeit erst hat der erstere größere Selbständigkeit zu gewinnen vermocht.

Daß der Zeugenbeweis in der ältesten Zeit nur in eng begränztem Umfange zulässig war, hat bereits Rogge schlagend nachgewiesen. Er geht davon aus, daß man bei der Entscheidung von Rechtssachen unterschieden habe zwischen dem Ausspruche über die Thatfrage (veritatem dicere) und dem Ausspruche über die Rechtsfrage (legem dicere); jenes sey die Aufgabe der Zeugen wie dieses die der Urtheilsfinder gewesen. Aus diesem Grunde seyen die Voraussetzungen der Fähigkeit zum Zeugnisse dieselben gewesen wie die zur Theilnahme am Urtheilsfinden, und hier wie dort habe man Freigelassene, Leute ohne ächtes Grundeigenthum u. dergl. nicht zugelassen, während von moralischen Erfordernissen,

wie solche die Rücksicht auf die persönliche Glaubhaftigkeit mit sich bringen würde, nur insoweit die Rede sey, als der bereits eines Meineides Ueberführte für die Zukunft des Zeugnisses unfähig geworden sey. Aus demselben Grunde habe ferner die Zeugenaussage wesentlich die Kraft eines Urtheiles über die Thatfrage gehabt, und sey somit, wenn die Rechtsfrage eine völlig klare war, ein folgender Richterspruch gar nicht mehr nöthig gewesen. Nur zweierlei Zeugen habe man aber zugelassen, Nachbarzeugen und erwählte Zeugen: die ersteren, welche nothwendig vollberechtigte Gemeindegenossen der streitenden Theile seyn mußten, um über Zustände und Vorgänge auszusagen, die ihrer Natur nach den Nachbarn und Gemeindegenossen bekannt seyn mußten, und bezüglich deren sie demnach nur die gemeine Kenntniß auszusprechen hatten, dann auch um aus zufällig erlangter eigener Kenntniß über Markfrevel Auskunft zu geben; die letzteren um über unwillkürliche Begebenheiten von rechtlicher Bedeutung, über den Abschluß von Rechtsgeschäften, über processualische Handlungen oder auch über feierliche Protestationen der Unschuld auszusagen, vorausgesetzt daß sie zum Behufe der Constatirung solcher Thatsachen rechtsförmlich beigezogen worden waren. — Minder bestimmt und deutlich äußert sich Sachße. Obwohl er im wesentlichen dem, was Rogge über den Zeugenbeweis gesagt hatte, beistimmen zu müssen erklärt (S. 90), nimmt er doch sofort einen Unterschied zwischen Zeugen und Urkundspersonen an, welcher mit dem von jenem aufgestellten Unterschiede von erwählten und Nachbarzeugen nicht zusammenfallen zu sollen scheint. Ueber den Begriff des Zeugnisses, die Voraussetzungen der Fähigkeit zu demselben, den Umfang seiner Anwendbarkeit äußert sich der Verf. nicht klar; er scheint indessen vorauszusetzen, daß im allgemeinen die Aussage von Augen- und Ohrenzeugen ziemlich ebenso unbeschränkt zugelassen worden sey wie heutzutage. Von der Regel: facti proprii unusquisque praesumitur melius scire veritatem, sey man auch hinsichtlich des Zeugenbeweises ausgegangen; und strenggenommen hätte man darum nur über eine Thatsache, welche für den Zeugen ein factum proprium ist, dessen Aussage annehmen dürfen; da aber hiernach kaum jemals ein Zeugniß zuläßig wäre, indem die Aeußerlichkeit zwar eines Vorganges die Mitbetheiligung eines Zeugen zulasse, der Wille aber der Handelnden demselben

jederzeit fremd bleibe, da andererseits die streitende Partei selbst zwar die Wahrheit hinsichtlich der eigenen Handlung am besten wissen, aber schwerlich am treuesten sagen wird, habe man sich zu einem Mittelwege entschlossen: man habe nämlich neben dem Zeugnisse zugleich auch noch den Parteieneid gefordert, und zum Theil sogar mit Eidhelfern verstärken lassen, dagegen aber auch den Zeugen gegenüber von der Strenge des Erforderhisses eines factum proprium etwas nachgelassen. Man habe dabei einerseits jenem Grundsatze gemäß die Zeugen möglichst über Aeußerlichkeiten aussagen lassen, die auf den inneren Kern des betreffenden Vorganges einen Schluß gestatteten, und auch wohl schon bei ihrer Zuziehung eine gewisse leibliche Betheiligung derselben erstrebt (z. B. beim Weinkaufe); man habe dieselben aber andererseits auch unbedenklich über wahre Rechtszustände deponiren lassen, wenn dieselben nur im Falle waren aus bestimmten äußeren Vorgängen mit Sicherheit auf solche schließen zu können. In Fällen der letzteren Art habe man nur Nachbarn, Verwandte u. dergl. zum Zeugnisse zugelassen, weil nur diese die nöthige Kunde aus eigener Erfahrung geschöpft haben konnten, im übrigen aber habe der Parteieneid das Fehlende ergänzen müssen. Während hiernach zwar Zeugen aus eigener Wissenschaft aussagen, aber doch zuweilen auf Grund von Hörensagen oder auf den äußeren Anschein hin, sollen die Urkundspersonen, wie schon die Ausdrücke orkunde, bewisen, zeigen, immer nur über augenscheinliche Gewißheit deponiren; bei ihnen sey darum die Beiziehung auf frischer That nöthig, ihre Aussage könne auch auf Handlungen des Gegners und auf eine Negation gehen, u. dergl. m., und sie mache jederzeit unwiderlegliche Gewißheit. Der Grundgedanke beim Beweise durch Urkundspersonen sey immer derselbe wie bei der handhaften That, nämlich Verlängerung des Augenscheines in das Gericht hinein; derselbe hänge eben darum mit dem gerichtlichen Augenschein selbst zusammen, möge letzterer nun durch das Bringen der streitigen Sache oder des corpus delicti vor Gericht, oder umgekehrt dadurch ermöglicht werden, daß sich das Gericht persönlich oder durch abgesandte Boten an Ort und Stelle verfügt: in den Leges Normannorum werde der letztere Fall geradezu mit dem Beweise durch Urkundspersonen verschmolzen. Als eine

besondere Beweisart, welche freilich mit dem Beweise durch Augenschein die größte Aehnlichkeit habe, bespricht endlich der Verf. noch das Zeugniß oder den Record des Gerichts, welches sich auf alles beziehe, was durch das Gericht oder vor dem Gerichte geschehen sey, in beiden Fällen in etwas verschiedener Weise erbracht werde, jedenfalls aber unwiderlegliche Gewißheit mache.

Sehr viel richtiges scheint nun zunächst sowohl Rogge's Unterscheidung zwischen Nachbarzeugen und erwählten Zeugen, als Sachße's Unterscheidung zwischen Zeugen und Urkundspersonen zu Grunde zu liegen; keine von beiden Unterscheidungen dürfte indessen völlig und erschöpfend richtig zu nennen seyn. Mit vollem Rechte sieht Rogge das für die eine Classe der Zeugen charakteristische Merkmal in deren rechtsförmlicher Beiziehung; von ihr, welche freilich keine besondere Ladung voraussetzt, sondern allenfalls auch in einer bloßen Anrufung, etwa mit Berührung des Ohres des Angerufenen, bestehen kann, hat der Zeuge geradezu seinen Namen (Grimm, D. R. A., S. 857). Die erwählten Zeugen sagen immer aus ihrer eigensten Wissenschaft, auf Grund ihres eigenen Sehens und Hörens, über einen Vorgang oder Zustand aus, welchen zu constatiren sie beigezogen worden waren; sie sind demnach jederzeit Urkundspersonen in dem Sinne, welchen Sachße mit diesem Worte verbindet, wie denn in der That auch der Sprachgebrauch der Quellen hiemit durchaus übereinstimmt: zi urchundi ziohan mag die Mondseeer Glosse völlig eben so gut sagen, wie der spätere Schwabenspiegel ze geziugen ziehen, — die testes idoneos bei einer Schenkung kann die alte Uebersetzung von Capit. Anseg. IV. 18 (Pertz, III. S. 261) geradezu als vreundun rehtliche bezeichnen und die Ladungszeugen in L. Sal. 1. mögen in der alten Uebersetzung (bei Merkel S. 110) ganz eben so bezeichnet werden — Ottfried v. Weißenburg, Kero u. s. w. darf unbedenklich testis mit urchundo verdeutschen u. dergl. m. Allerdings mag dabei der Grad der Augenscheinlichkeit dessen, was die Zeugen erkundet haben, noch immer in verschiedenen Fällen ein verschiedener seyn; allein das Maß dessen, was nach gemeiner Erfahrung als aus äußerer Anschauung erschließbar betrachtet werden darf, zieht immerhin eine bestimmte Gränze, und die gleiche Verschiedenheit tritt überdieß selbst beim gerichtlichen

Augenscheine völlig eben so ein wie beim erwählten Zeugnisse [1]. Allerdings scheint es sich ferner bei der Zuziehung von Leuten zu bestimmten Vorgängen nicht selten weniger um ein Zeugniß, als um die Sicherung fortdauernder Offenkundigkeit zu handeln (Sachße, S. 112); indessen zeigt sich bei näherer Betrachtung der hieher gehörigen Fälle, daß auch auf sie eine Unterscheidung von Zeugen und von Urkundspersonen nicht, oder doch nicht in dem Sinne in welchem S. dieß will, gebaut werden dürfe. Bei Handlungen, welche obenhin besehen leicht als Vergehen erscheinen, welche aber doch möglicherweise auch völlig harmloser Natur seyn konnten, nahm man an, daß der Uebelthäter eben so sehr die Oeffentlichkeit scheuen, als umgekehrt der Schuldlose dieselbe suchen werde. Man verlangte demnach, daß bei solchen leicht zu verdächtigenden Handlungen von Anfang an mit der größten Offenheit zu Werke gegangen werde, und nicht erst hinterher auf bereits sich erhebenden Verdacht hin der Thäter die günstigere Deutung für seine That beanspruche; lediglich auf dieser, psychologisch vollkommen gerechtfertigten und auch in neuereren Rechten noch vereinzelt wiederkehrenden Anschauung beruht es, wenn man zur Vornahme einer eigenmächtigen Pfändung die Beiziehung von Leuten, beim Ansichnehmen eines Fundes, bei einer Tödtung aus Nothwehr und dergleichen sofortige Bekanntmachung forderte. Wiederum erscheint

---

1) Es ist nicht statthaft, wenn Sachße bei der probatio der infirmitas residens das Abgeben der Aussage auf den bloßen äußeren Anschein hin als charakteristisch betrachten will; bei der visio languoris, die er doch selbst unter den Gesichtspunkt des Beweises durch Urkundspersonen oder selbst durch den gerichtlichen Augenschein stellt, ist die materielle Gewißheit um nichts erhöht, da die léaus hommes um nichts besser als die témoins in das Innere des Kranken zu sehen vermögen. Bei dem Abschlusse von Rechtsgeschäften am Ding können die Dingleute ganz ebenso wie beim Abschlusse vor Zeugen diese letzteren nur das Aeußerliche des Vorganges aus eigenster Anschauung wissen, während die innere Willensrichtung der Parteien sich beidemale gleichmäßig ihrem unmittelbaren Einblicke entzieht. Mit einem Wort: es ist nicht ein verschiedenes Verhältniß des Gerichtes oder der Urkundsperson einerseits, des erwählten Zeugen andererseits zu dem Vorgange, welcher constatirt werden soll, sondern lediglich der verschiedene Grad der persönlichen Glaubwürdigkeit beider, was die Beweiskraft beider scheidet, — wenn eine solche Scheidung im einzelnen Rechte überhaupt gemacht wird.

es bei gewissen wichtigeren Geschäften, z. B. bei dem Abschlusse eines Ehevertrages, dem Verkaufe oder der Verpfändung liegender Güter, der Eingehung von Erbschaftsverträgen u. dergl. m. als üblich, daß dieselben öffentlich abgeschlossen werden; der nicht öffentlich erfolgte Abschluß wird solchenfalls als ein ungehöriger behandelt, bei welchem aus irgend einem Grunde die Oeffentlichkeit gescheut worden wäre, und er gilt eben darum nicht als rechtsgültig. Man sieht, in diesen wie in jenen Fällen ist allerdings das Augenmerk der Rechtsvorschrift zunächst nur auf die Sicherung der vollsten Offenkundigkeit gerichtet; daneben findet sich indessen alsbald auch die Nothwendigkeit ein, auf die Sicherung des Beweises eben jener Offenkundigmachung oder auch jener offenkundig gemachten Thatsachen Bedacht zu nehmen, und dieses zweite Bedürfniß kann auf verschiedenem Wege befriedigt werden. Entweder nämlich kann für jene beiden Momente neben einander und gesondert Sorge getragen werden, indem zunächst um der Oeffentlichkeit willen eine größere Zahl von Personen beigezogen, sodann aber des zukünftigen Beweises wegen eine geringere Anzahl von Zeugen namentlich benannt wird; oder es mögen auch wohl beide Momente in der Art mit einander verbunden werden, daß entweder die um der Offenkundigkeit willen Beigezogenen ohne weitere Förmlichkeit als Zeugen zugelassen werden, oder daß man umgekehrt durch die Beiziehung von Zeugen auch schon dem Erfordernisse der Oeffentlichkeit vollständig Genüge gethan seyn läßt. Der erstere Weg, offenbar der förmlichere und alterthümlichere, läßt sich namentlich in den altnordischen Rechten klar erkennen. Diese unterscheiden ganz bestimmt zwischen dem lysing, d. h. der öffentlichen Bekanntmachung, möge diese nun am Ding oder daheim vor einer bestimmt vorgeschriebenen Anzahl von Nachbarn u. dergl. erfolgen, und der Aufrufung von Zeugen über die Vornahme eben dieser Bekanntmachung, — zwischen den fastar, d. h. Befestigern, welche beim Abschlusse von Verträgen über liegende Güter in größerer Anzahl beigezogen werden mußten, und den beiden Zeugen, welche seinerzeit über den Abschluß ihr Kaufzeugniß (köpavitni) erbringen, u. dergl. m.; ja sie fordern sogar ursprünglich die Benennung von Zeugen über solche Handlungen, welche vor dem Gericht oder durch das Gericht vorgenommen werden: durch domsuppsöguvattar, Urtheilsverkündungszeugen, läßt

die isländische Graugans sogar den am Ding erfolgten Urtheilsspruch beweisen. Nur als eine spätere unförmlichere Vereinfachung möchten wir es demnach betrachten, wenn man mit der Zeit unter Verzicht auf die Benennung eigener Zeugen das Dingzeugniß durch beliebig herausgegriffene Dingleute selbst, das Zeugniß über den Abschluß eines Ehevertrages oder Kaufgeschäftes durch die Hochzeitgäste oder Weinkaufsleute erbringen ließ, welche denselben nach altheidnischer Sitte durch ein Opfer- und Trinkgelage hatten feiern helfen; oder wenn man umgekehrt unter Verzicht auf alle sonstigen Feierlichkeiten mit der bloßen Beiziehung der für die seinerzeitige Beweisführung nöthigen Zeugen sich begnügte. Ja wir möchten sogar noch einen Schritt weiter gehen, und alle und jede Beweisführung durch erwählte Zeugen auf jenen Ursprung zurückführen. Am Ding, vor zufällig anwesenden oder auch eigens zusammenberufenen Nachbarn, Gildbrüdern, Verwandten, hätte man danach ursprünglich wichtigere Vorgänge constatirt, und lediglich zum künftigen Beweise der so gewonnenen Offenkundigkeit einzelne unter den Anwesenden in Vertretung aller zu Zeugen benannt; auf lange Zeit erhält sich darum, auch nachdem man mit der bloßen Beiziehung von Zeugen sich genügen ließ, der Gebrauch eine größere Zahl von solchen zu versammeln, deren doch nur einzelne in den etwa aufgenommenen Urkunden namentlich genannt, oder bei einer nothwendig werdenden Beweisführung mit ihrer Aussage vernommen werden. — Alles erwählte Zeugniß beruht somit ursprünglich auf der formell gewonnenen Notorietät in bestimmten Kreisen, und mit vollem Rechte betont darum Sachße den Zusammenhang seiner Urkundspersonen mit dem gerichtlichen Augenschein und dem Gerichtszeugnisse; nur muß dabei festgehalten werden, daß allen erwählten Zeugen die Bedeutung von Urkundspersonen in diesem Sinne zukommt; — daß ferner die in engeren verwandtschaftlichen, nachbarlichen u. dergl. Kreisen gewonnene Notorietät der in der Bezirks- oder Volksgemeinde erlangten vollkommen parallel zur Seite steht, und daß man somit in demselben Sinne, in welchem man längst von einer Autonomie, neuerdings auch von einer Autodikasie solcher engerer Kreise gesprochen hat [1]),

---

[1]) Siehe Aegidi, in Bluntschli und Brater's Staatswörterbuch, Bd. I. S. 537.

auch von einer Automartyrie derselben reden könnte, — daß endlich auch das Gerichtszeugniß ursprünglich lediglich durch von den Parteien selbst aufgerufene Zeugen erbracht wurde. Die spätere Gestalt des Dingzeugnisses, als eines durch den Richter und einige Schöffen erbrachten, steht dieser älteren Erbringung desselben durch von den Parteien selbst erwählte Zeugen genau ebenso gegenüber wie die ältere Ladung des Beklagten durch den Kläger der späteren Ladung desselben durch den Richter, wie die ältere Berufung des Dings durch den Privaten („der soll ein Ding berufen, der dessen bedarf, wenn er dieß will", Gulap. L. 35. vgl. 131) der späteren durch den Beamten, wie die ältere Zwangsvollstreckung durch die eigene Selbsthülfe der späteren durch die Thätigkeit des Richters und seiner Bediensteten.

Die zweite Art des Zeugnisses, welche Rogge freilich zu eng als Nachbarzeugniß bezeichnet, da in völlig gleicher Weise auch ein verwandtschaftliches Zeugniß u. dergl. vorkommt, unterscheidet sich von dem erwählten Zeugnisse wesentlich dadurch, daß der Zeuge hier nicht über eine bestimmte einzelne Thatsache aussagt auf Grund seiner persönlichen Gegenwart bei deren Eintritt, sondern über einen länger dauernden Zustand, von welchem er durch allmähliche Erfahrung, wie solche durch seine ständigen Lebensbeziehungen bedingt war, Kenntniß erlangt hat. Dem entsprechend fällt die formelle Beiziehung der Zeugen hier nothwendig weg; sie wird ersetzt durch die ganze Lebensstellung derselben. Wenn dort, wo es sich um genaueste Aufmerksamkeit auf ein einmaliges Begebniß handelt, ein feierliches Anrufen des Zeugen nicht nur wünschenswerth sondern auch thunlich erscheint, so ist dieses hier, wo lediglich durch fortgesetzte, immer sich wiederholende Berührungen eine Erfahrung gesammelt wird, eben so sehr unmöglich als überflüssig; es genügt vollständig, wenn aus einer größeren Zahl von Wissenden erst hinterher diejenigen ausgewählt werden, welche von der gemeinen Kenntniß aller im Namen aller Zeugniß geben sollen, und es ist in der That auch ein anderer Ausweg nicht gedenkbar. Man sieht, dieses aus Erfahrung abgelegte Zeugniß weicht von der bloßen Reproduction eines Augenscheines am weitesten ab, indem es nicht nur vielfach auf Schlüsse gebaut ist, welche der Zeuge aus einer Reihe einzelner, ihm vielleicht nicht einmal einzeln genau erinnerlicher Thatsachen mehr

oder minder unbewußt zieht, sondern auch wohl geradezu auf Hörensagen statt auf eigene Anschauung gestützt seyn mag; trotz dieser Verschiedenheiten ist indessen dennoch die letzte Grundlage beider Arten des Zeugnisses wesentlich dieselbe. Beidemale handelt es sich nämlich um die Constatirung einer Notorietät, um ein Zeugniß, welches das Volk im ganzen, eine Gemeinde oder Sippschaft als solche durch einzelne ihrer Angehörigen als ihre Vertreter ablegt; die Differenz liegt lediglich darin, daß jene Notorietät dort eine formelle und bewußte, hier eine formlose und unbewußte Entstehung und Existenz hat, und die beiden Arten des Zeugnisses verhalten sich demnach zu einander ganz wie die Begriffe Volk und Landsding, Nachbarschaft und Gemeindeversammlung, Verwandtschaft und Familienrath, oder auch, wenn von einem nicht allzu weit entlegenen Gebiete eine Parallele entlehnt werden darf, wie die Begriffe gesetzliches und Gewohnheitsrecht. — Alles germanische Zeugniß ist hiernach anfänglich ein öffentliches, und so weit mag dabei das Gewicht der öffentlichen Function gehen, daß selbst der Unfreie zum Zeugniß über Vorgänge zugelassen wird, die ihm vermöge seines Dienstes, z. B. als Hirt, bekannt wurden (Westgöta L. I. Retl. B. 9, pr.; II. Retl. B. 20), oder daß geradezu für die einzelnen Bezirke ein für allemal bestimmte Personen ernannt wurden, aus deren Mitte ausschließlich die Zeugen gewählt werden durften, welche beim Abschlusse von Rechtsgeschäften beigezogen werden sollten [1]); letzterenfalls ist der Grundgedanke ganz genau derselbe wie bei der Beschränkung der Urtheilsfindung auf eine bestimmte Anzahl lebenslänglich ernannter Schöffen. Von einem Privatzeugnisse im Sinne unseres modernen Rechts, d. h. von einem Zeugnisse auf Grund

[1]) So z. B. Aedhelst. IV. 1; Eadg. Suppl. 3—6. Auch karolingische Capitularien reden von einer richterlichen Ernennung der Zeugen (Cap. Noviom. a. 808, c. 3; Aquisgr. a. 812, c. 3; Wormat. mund. a. 829, c. 3, bei Pertz, III. S. 152, 174 und 351); indessen scheint dabei mehr ein Wahlrecht des Richters in Bezug auf die Personen, durch welche ein Erfahrungszeugniß erbracht werden soll, als ein Ernennungsrecht von solchen, aus welchen man die erwählten Zeugen ausschließlich nehmen dürfte, gemeint zu seyn. Jedenfalls darf man nicht mit Rogge, S. 241 an eine Verwandlung von Eidhelfern in Schiedsleute denken.

zufällig erlangter eigener Wissenschaft, weiß dagegen der ältere Proceß nichts, ohne daß dabei etwas darauf ankäme, ob diese zufällige Wissenschaft des unberufenen Zeugen auf dessen eigene Handlungen sich beziehe (worauf Sachße Gewicht legen zu wollen scheint), oder ob auf die Handlung eines Dritten oder „sonst irgend eine reine Thatsache" (wie Walter, Deutsche Rechtsgeschichte, S. 708, vgl. 720, annimmt). Doch kommen schon früh einzelne Ausnahmen von dieser Regel vor, ohne daß sich dabei doch der von Rogge aufgestellte Unterschied von Brüchen des Markfriedens und andern Rechtssachen durchführen ließe. In der That lag die Sache nahe, zumal in Nachbarstreitigkeiten und überhaupt geringfügigen Rechtssachen; die Zulassung einerseits des Erfahrungszeugnisses, bei welchem die rechtsförmliche Beiziehung, die Zulassung andererseits des erwählten Zeugnisses als eines völlig alleinstehenden, bei welchem die vollständige Notorietät fehlte, mochte leicht das Uebergreifen in das ganz ungebundene Privatzeugniß anbahnen, durch welches doch die alte Grundlage des Zeugenbeweises principiell aufgegeben wurde.

Nach allem Bisherigen erscheint es als vollkommen richtig, wenn Rogge das veritatem dicere der Zeugen dem legem dicere der Urtheilsfinder gegenüberstellt, und in beiden gleichmäßig eine öffentliche Function erblickt, welche den vollfreien Volksgenossen als solchen zugestanden und obgelegen habe. Nur theilweise richtig ist es dagegen, wenn derselbe von hier aus den Schluß zieht, daß auch die Zeugen Richter und deren Ausspruch ein Richterspruch gewesen sey. Allerdings schöpfen die Zeugen ihre Kenntniß der Thatsachen und die Urtheilsfinder ihre Kenntniß des Rechts aus einer und derselben Quelle, der gemeinen Volkskundigkeit; allein beide unterscheiden sich nicht bloß durch den Gegenstand ihrer Aussprüche, welchen dort das factum, hier das jus bildet, sondern überdieß auch durch den Gebrauch, den sie von der ihnen innewohnenden Kenntniß machen. Der Zeuge hat lediglich die Thatsache auszusprechen, die er kennt; der Richter dagegen hat nicht etwa bloß den ihm bekannten Rechtssatz zu verkündigen, sondern er hat denselben auch auf den ihm eben vorliegenden Fall anzuwenden und damit diesen zur Entscheidung zu bringen [1].

---

[1]) Planck scheint etwas zu einseitig die Bedeutung des gerichtlichen

Gerade in diesem letzteren Theile der richterlichen Function liegt das, was wir als Urtheilen bezeichnen, und gerade dieser Theil derselben fällt beim Zeugnisse wesentlich weg; aber freilich darf nicht verkannt werden, daß zumal das Erfahrungszeugniß sich einigermaßen einem Urtheile nähert, und hieraus mag sich denn auch erklären, daß in den Quellen der Ausdruck judicare zuweilen von den Zeugen gebraucht wird (vergleiche Grimm, D. R. A. S. 859). Jener principiellen Scheidung des Zeugnisses und des Richterspruches widerspricht übrigens auch keineswegs die entscheidende Kraft, welche die älteren Rechte dem Ausspruche der Zeugen mehrfach beilegen. Diese beruht vielmehr lediglich auf der zwiefachen Thatsache, daß die Stellung des Gerichtes zu der Beweisführung eine durchaus formelle war, und daß man bei völlig klarer Rechtsfrage sofort mit der Execution vorzugehen erlaubte, sowie nur die Thatfrage in vollkommen verlässiger Weise liquid gestellt war; beides Thatsachen, die uns auch noch in unserem heutigen Civilprocesse begegnen, oder deren Wiedereinführung in denselben wenigstens gegenwärtig wieder lebhaft angestrebt wird.

An die Function der Zeugen schließt sich nun einerseits, wie dieß bereits Rogge hervorgehoben und Sachße anerkannt hat, eine Reihe von anderen Functionen an, welche zumal die Nachbarn wohl auch gelegentlich der Auseinandersetzung streitiger oder nichtstreitiger Rechtsansprüche zu übernehmen haben, die Function von Schätzleuten, von Theilungscommissären, u. dgl. m. Derartige Thätigkeiten stehen indessen theils mit dem Beweisverfahren in gar keiner Berührung, theils spielen sie wenigstens in demselben nur eine sehr untergeordnete Rolle; es mag demnach nur ganz beiläufig angedeutet werden, daß dieselben, am nächsten an das Erfahrungszeugniß sich anschließend, in der That einen Uebergang zu der Thätigkeit der Schiedsleute, und weiter ab der Urtheilsfinder bilden, indem auch dort ein Urtheil, nur freilich über Thatsächliches, nicht über Rechtsfragen, zu fällen ist. Die Nachbargerichte, wie sie zumal in den altnordischen Rechten fest ausgebildet vorliegen, machen den Uebergang zu einem vollständigen. — Andererseits aber hängt mit dem Zeugnisse, und auch

Spruches als eines Zeugnisses über den betreffenden Rechtssatz zu betonen; vergl. zumal dessen Lehre vom Beweisurtheil, S. 3 u. folg.

dieß ist von Rogge wie von Sachße nicht übersehen worden, nicht minder zusammen der Beweis durch Urkunden. Schon ihr Name weist auf diesen Zusammenhang hin; die Art ihrer Benützung und die Geschichte ihrer allmählichen Ausbreitung bestätigen durchaus den aus der Benennung zu ziehenden Schluß. Man ging zunächst ein Geschäft wie gewöhnlich vor erwählten Zeugen ein, und ließ dann durch einen gleichfalls beigezogenen cancellarius oder notarius, allenfalls auch durch einen beliebigen anderen des Schreibens Kundigen eine Aufzeichnung über den Vorgang anfertigen; oder es erfolgte auch wohl die Ausstellung der Urkunde vor Gericht, oder es wurde doch deren sofortige Veröffentlichung nach der Ausstellung gefordert. Auch hier wurde demnach die Offenkundigkeit des Vorganges gewahrt wie bei dem Gebrauch erwählter Zeugen, und zwar auch hier wieder bald in schwächerem, bald in stärkerem Maße; der Vortheil aber, welchen die Urkunde gewährte, bestand theils darin, daß dieselbe prima facie die Zeugen ersetzte, so daß auf diese und den Schreiber erst dann zurückgegriffen wurde, wenn deren Aechtheit angefochten worden war, theils auch darin daß deren Inhalt von dem Gedächtnisse der Zeugen unabhängig gestellt war, theils endlich darin daß man für den Fall, daß der Schreiber und die Zeugen bereits verstorben seyn sollten, die Urkunde als selbständiges Beweismittel zuließ, sey es nun daß man eine Führung des Aechtheitsbeweises mittelst Handschriftenvergleichung gestattete, oder daß man den wegen Fälschung angegriffenen Beweisführer zum Unschuldseide mit Eidhelfern zuließ. Allmählich erst wurden die Urkunden zu vollkommen selbständigen Beweismitteln, nach der Regel des Schwabenspiegels an jegelicher hantveste hilft der tote gezuic als der lebende, und es wiederholt sich demnach beim Urkundenbeweise in seinem Verhältnisse zum erwählten Zeugnisse genau derselbe Gang der Dinge, vermöge dessen der Beweis durch erwählte Zeugen selbst, welcher anfänglich lediglich dem Augenscheine gerichtlicher und anderer Versammlungen dienstbar gewesen war, aus dieser Abhängigkeit sich emancipirt und allmählich zu selbständiger eigener Geltung erhoben hatte.

Als zweites Hauptbeweismittel steht aber dem Zeugenbeweise gegenüber der Parteieneid.[1]) In den verschiedensten Anwen-

1) Eine in Deutschland viel zu wenig bekannte vortreffliche Arbeit

bungen kommt dieser vor, bald für sich allein, bald mit andern Beweismitteln cumulirt, und im einen wie im anderen Fall kann derselbe entweder mit alleiniger Hand geschworen werden, oder nur mit einer Verstärkung mittelst einer bestimmten Anzahl von Mitschwörenden. Der alleinige Parteieneid ist merkwürdiger Weise nicht nur von Rogge, welchem derselbe in den älteren Quellen allerdings nur selten aufstoßen konnte, sondern auch von Sachße völlig unbeachtet geblieben, dem doch dessen Vorkommen in den Rechtsbüchern nicht entgehen durfte. Es wird aber ein alleiniger Eid bald vom Kläger gefordert, bald vom Beklagten; immer dient derselbe indessen nach älterem Rechte, abgesehen etwa von den allergeringfügigsten Sachen, nur zur vorläufigen Einführung einer Rechtssache ins Gericht, oder umgekehrt als eventueller Behelf nach primär mißlungenem Hauptbeweise des Gegners, oder endlich zur Feststellung bloßer Incidentpunkte im Verfahren, zumal zur Herstellung des Werthes oder Betrages zu restituirender Sachen oder zu ersetzender Schäden.

Mehr zu sagen ist über die Eideshülfe [1]). Bekanntlich besteht das wesentliche derselben darin, daß ein vorgängiger Haupteid durch den nachfolgenden Eid einer größeren oder geringeren

---

über diesen Gegenstand lieferte Kolderup-Rosenvinge in seinen beiden Dissertationes de usu juramenti in litibus probandis et decidendis, juxta leges Daniae antiquas, Kopenhagen, 1815 und 1817. Die erste Abhandlung bespricht den mit alleiniger Hand geschwornen Parteieneid, die zweite die Eideshülfe; die weiteren Abschnitte, welche von den Zeugen, der Combination von Zeugen und Eidhelfern, endlich von der Nämd, den Sandemänd und den Samfränder handeln sollten, sind leider nie erschienen. Eine dänische Bearbeitung der Abhandlungen, welche im Nyt juridisk Archiv eingerückt ist, kam mir nicht zu Gesicht, soll aber nichts neues enthalten; wie denn der Verfasser selbst in späteren Werken die Arbeit noch in ihrer ursprünglichen lateinischen Gestalt anzuführen pflegt.

[1]) Außer den bereits genannten Schriften vergleiche über sie Dr. A. Gemeiner, Ueber Eideshülfe und Eideshelfer des älteren deutschen Rechtes; München, 1848. Eine Schrift von Schildener, Ueber die religiöse Gemeinschaft der alten Mitschwörenden unter einander und mit dem Principale, 1833, zu welcher im Jahre 1835 noch eine Beilage erschien, führen wir nur an, um von derselben weiter keine Notiz zu nehmen Der Verfasser sieht im Eidhelfereide ein Gottesurtheil!

Anzahl von Personen in der Art verstärkt wird, daß diese ihrerseits die Reinheit jenes ersteren Schwures beschwören. An sich kann die Eideshülfe an die verschiedenartigsten Haupteide sich anschließen; die Graugans läßt durch sie einen Calumnien-Eid der Streittheile verstärken, die L. Alemann. eine eidliche Ehrenerklärung gegenüber einer sitzengelassenen Braut, und auch rein promissorische Eide werden hin und wieder in derselben Weise gesteigert. Hier berührt uns natürlich nur die zu Zwecken der Beweisführung verwendete Eideshülfe, mag dieselbe übrigens in Civil- oder Criminalsachen zur Anwendung kommen, und an den Eid des Klägers oder des Beklagten, oder selbst der von dem einen oder andern Streittheile vorgeführten Zeugen sich anschließen. Als Eidhelfer werden aber an sich alle freien und volljährigen Leute männlichen Geschlechts zugelassen, welche persönlich unbescholten sind; Grundbesitz ist für dieselben nicht erforderlich, wogegen Blinde und Taube, später auch wohl Ungläubige, von der Eideshülfe ausgeschlossen sind. Neben diesen allgemeinen Voraussetzungen kommen sodann je nach Verschiedenheit der Stammrechte, der Zeiten, auch wohl der Fälle, noch besondere vor, welche den Kreis der zur Eideshülfe verwendbaren Personen weit enger begränzen. Während mehrfach, aus einleuchtenden Gründen, die Beiziehung näherer Verwandten des Hauptschwörers zur Eideshülfe geradezu untersagt ist, werden anderwärts umgekehrt Verwandte, Nachbarn, Gildbrüder oder doch Standesgenossen desselben zu ihr erfordert, und manche Rechte betonen derartige Voraussetzungen sogar so energisch, daß sie selbst Weiber und Unmündige als Verwandte mitschwören lassen (so das burgundische, theilweise auch das langobardische Recht); bei Streitigkeiten über Grundbesitz werden auch wohl nur Grundeigenthümer als Eidhelfer zugelassen, und dänische Rechte fordern, wenn bei einem Vergehen die Absicht oder Fahrlässigkeit in Frage ist, zuweilen sogar, daß sich unter den Eidhelfern der Damnificat befinde. Nicht jederzeit wird ferner, wie dieß allerdings die Regel bildet, unter den im gegebenen Falle qualificirten Personen dem Hauptschwörer die freie Auswahl verstattet; vielmehr werden zuweilen die Eidhelfer durch das Loos bestimmt, oder es wird dem Gegner, oder dem Richter auf deren Ernennung ein bestimmter Einfluß eingeräumt. Sehr häufig kehrt zumal die Vorschrift wieder, daß die eine Hälfte der nöthigen

Eideshelfer von dem Hauptschwörer frei gewählt, die andere Hälfte dagegen von dem Gegner oder Richter ihm ernannt wird, wobei indessen Wahlrechte oder doch Recusationsrechte dem Hauptschwörer immerhin noch zustehen können; hierauf bezieht es sich wenn der Pactus leg. Alam. einen Eid cum 3, 6, 12, 24. medicus electus einerseits einem Eide cum 24. totus electus, andererseits einem solchen cum 40. oder 80. qualis invenire poterit gegenübersteIlt,[1]) oder wenn K. Magnus der Gesetzverbesserer in seinem norwegischen Landrecht zu einem Zwölfereide vom Gegner zwölf tüchtige exceptionsfreie Männer, welche beiderseits die nächsten Nachbarn und überdieß Standesgenossen des Hauptschwörers sind, ernennen und den letzteren aus ihnen sieben zu Eideshelfern sich wählen, dann aber noch vier weitere, freigewählte Leute (fangavattar) hinzuziehen läßt.[2]) Auf jenen Gegensatz von ernannten

---

[1]) In den späteren Recensionen der L. Alamann., der L. Hlothar. sowohl als der L. Lantfr. und Carol., kehrt dieselbe Gegenüberstellung wie im Pactus wieder; indessen hat der Sprachgebrauch einigermaßen gewechselt, soweit nicht einzelne Stellen unverändert aus dem ältesten Texte herübergenommen worden sind. Die jüngeren Texte stellen sich nämlich nominati und electi oder advocati gegenüber; die electi des Pactus werden somit hier als nominati bezeichnet, während die electi oder advocati der neueren Recensionen den qualis invenire poterit des Pactus entsprechen. Der Wechsel ist indessen sprachlich unanstößig, wie denn in der That die L. Carol. 6. das Wahlrecht des Gegners geradezu abwechselnd bald als ein eligere bald als ein denominare bezeichnet. In Folge seiner kritiklosen Benützung einer veralteten Ausgabe der Quelle hat Sachße diesen Wechsel des Sprachgebrauches in den ganz verschiedenen Zeiten angehörigen Recensionen übersehen, und zu Conjecturen und Deutungen sich verleiten lassen, welche alles und jedes Haltes entbehren.

[2]) Landsl. þjofa B. 13; wozu c. 14—5, sowie Jarns. þjofa B. 9—11 und Jons B. þjofa B. 19—21. zu vergleichen sind. Auch hier hat Sachße durch seine Vermengung des den verschiedensten Legislationen angehörigen Rechtes eine ebenso heillose als unbegreifliche Verwirrung angerichtet, wozu ihn freilich zum Theil Arnesen, Historisk Indledning til den gamle og nye Islandske Rättergang (Kopenhagen, 1762) S. 257 u. folg., verleitet haben mag. Nach Frostuþ. L. IV, 8. (Bjark. R. 151; vgl. 37) soll nämlich beim Zwölfereide halb vom Kläger, halb vom Beklagten eine Anzahl von 12 Odalsbauern oder sonst angesehenen Männern erwählt werden; aus diesen soll der Beweisführer zwei nehmen, dazu zwei seiner nächsten Verwandten, endlich noch sieben andere

und freigewählten Eidhelfern bezieht sich aber auch in den angelsächsischen Gesetzen der Unterschied des cyreadh (Ädhelst. I, 9; Ädhelr. IV, 7; Duns. 6) und des ungecoren adh (Eadw. 1), mit welchem letzteren wieder der rimadh (Ädhelst. I, 9) identisch zu seyn scheint, [1]) u. dgl. m., und es versteht sich von selbst, daß der Eid mit ernannten Eidhelfern immer als der schwerere im Vergleich zum Eide mit freigewählten erscheint. — Die Zahl der

---

frei gewählte Männer, und mit diesen selbzwölft schwören. Diese Bestimmung nun will Sachße ohneweiters mit der Vorschrift des K. Magnus combiniren, und sieht sich zu solchem Ende zu den wunderlichsten Verrenkungen des Inhaltes von beiden veranlaßt. In Wahrheit steht die Sache einfach genug. Neben der Vorschrift des Frostuþ L. steht die des Gulaþ, L. 132, nach welcher dem Beweisführer ebenfalls seine 12 nächsten Nachbarn auf beiden Seiten ernannt werden, von denen er indessen nur zwei zu wählen, dann seine zwei nächsten Verwandten und sieben fangavattar hinzuzunehmen hat; an diese Bestimmung, nicht an die des Frostuþ, L., schließt sich somit das spätere Landrecht an, indem es nur durch Fallenlassen der verwandtschaftlichen Eidhelfer die Sache vereinfacht und durch einen Wechsel in den Zahlansätzen zugleich etwas modificirt. Daß insbesondere die fangavattar nichts anderes als freigewählte Eidhelfer sind im Gegensatze zu ernannten, wird auch durch Bjark. R. 22, 83, 96 u. dergl. m. bestätigt, woselbst zwischen einem Sechsereid mit fangavitni und mit nefndarvitni unterschieden wird, so wie durch den übereinstimmenden Sprachgebrauch der dänischen Quellen; vgl. z. B. Jydske L. III. 62, (ed. Thorsen): giuae for tolf maenz eth, hwilk han ma fangae i thaet kirki sokaen, thaer han bor i. Vgl. übrigens auch noch die Vorschriften über den Sechser- und Dreiereid, in Gulaþ, L. 133—5; Frostuþ L. XV. 11; Bjark. R. 150. Wir gehen absichtlich auf diese Detailfragen etwas genauer ein, um den oben gegen S. erhobenen Vorwurf der Leichtfertigkeit in Benützung der Quellen nicht unbelegt zu lassen; ähnliche Beispiele ließen sich übrigens in Masse zusammenstellen, wovon uns der gütige Leser wohl dispensiren wird.

[1]) Ueber die ernannten Eidhelfer bei den Angelsachsen vgl. Köstlin, Der Wendepunkt des deutschen Strafverfahrens im neunzehnten Jahrhundert (1849), S. 312 u. folg. Wir nehmen sonst auf dieses Werk wenig Bezug, weil dasselbe auf keinem selbständigen Quellenstudium fußt und voller Mißverständnisse auch hinsichtlich der bei anderen gefundenen Angaben ist. Aus anderen Gründen enthalten wir uns vorläufig des Eingehens auf Michelsens vortreffliche Schrift: Ueber die Genesis der Jury (1847); wir beabsichtigen nämlich die Geschichte des Geschwornengerichts gesondert zu besprechen, und bei dieser Gelegenheit eingehender, als es hier geschehen könnte, jenes Werk zu berücksichtigen.

Eideshelfer, welche im einzelnen Falle zu schwören haben, richtet sich ferner nach dem Werthe des Streitobjects, beziehungsweise der Schwere der in Frage stehenden Strafe; nur ganz ausnahmsweise wird deren Bestimmung dem freien Willen der Streittheile anheimgegeben (L. Fris. 11.). Dabei verfahren die verschiedenen Rechte in etwas verschiedener Weise. Gewöhnlich sind, unter Zugrundlegung des Duodecimalsystemes, bestimmte Stufen von Eideszahlen aufgestellt, welchen dann eine bestimmte Scala von Werthen entspricht; über ein gewisses Maximum von Eiden, z. B. über den einfachen, doppelten oder dreifachen Zwölfereid, pflegt dabei ursprünglich nicht hinauf, andererseits auch wohl unter ein bestimmtes Minimum, z. B. den Dreiereid, nicht herabgegangen zu werden, und der Eid des Hauptschwörers kann entweder in der runden Summe der Eide bereits enthalten seyn, oder zu dieser erst noch hinzutreten. Anderemale, und am consequentesten ist dieses Princip im Friesischen Volksrechte durchgeführt, wird dagegen nicht bloß eine approximative, sondern eine ganz genaue Uebereinstimmung der Eidesgrößen mit den Sachwerthen erstrebt; der Eid wird demnach ein für allemal mit einem bestimmten Geldwerthe angeschlagen, und sodann im einzelnen Falle einfach berechnet, wie viele Eide nöthig seyen um den im Streite begriffenen Sachwerth zu decken. Aber auch noch in einer anderen Beziehung ergibt sich eine Verschiedenheit. Manche Rechte scheinen nämlich auf den Stand der Schwörenden keine Rücksicht zu nehmen, so daß es in jedem einzelnen Falle gleichgültig ist, welchem Stande diese angehören, wenn nur überhaupt die nöthige Anzahl von Eiden erbracht wird. Andere Rechte lassen dagegen den Hauptschwörer immer nur mit Standesgenossen zum Schwure gehen, so daß also für gleiche Sachwerthe jederzeit eine gleiche Anzahl von Eiden geleistet wird, aber je nach dem Stande des Beweisführers von Angehörigen verschiedener Stände. Wieder andere Rechte, und auch hiefür mag wieder die Lex Frisionum als Beispiel dienen, legen endlich auf den Stand der Schwörenden in der Art Gewicht, daß sie die Verschiedenheit der Stände wie in einer Abstufung der Buß- und Wergeldssätze, so auch in einer Scala von Eideswerthen sich reproduciren lassen; im einzelnen Falle kommt es sodann nur darauf an, daß der nöthige Betrag an Eideswerthen abgeschworen wird, dieser wird sich aber, je nachdem Liten, Ge-

meinfreie oder Adelige schwören, in einer verschiedenen Zahl von Eiden darstellen, und auf die Standesgenossenschaft der Eidhelfer mit dem Hauptschwörer wird hier keine Rücksicht genommen [1]). In allen Fällen aber, in welchen eine gewisse Anzahl von Eidhelfern gefordert wird, hat dieß die Bedeutung, daß die Beweisführung als mißlungen gilt, wenn auch nur ein einziger Eid zu wenig erbracht wird.

Fragt sich nun, wie das Institut der Eideshülfe, welches für uns auf den ersten Anschein immerhin etwas sehr befremdendes hat, in seinem innersten Wesen aufzufassen und zu erklären sey? Daß zunächst der Schwur der Eidhelfer in der engsten Beziehung zu dem Eide des Hauptschwörers steht, ist klar. Schon die Bezeichnung der Eideshelfer als conjuratores, consacramentales, compurgatores weist auf diesen accessorischen Charakter ihres Schwures hin; ebendahin deuten auch die Formalien ihrer Eidesleistung: das gemeinsame Auflegen der Hände auf das Heiligthum, das gemeinsame Nachsprechen der Eidesformel. Die Fassung dieser letzteren spricht aber überdieß auch ganz deutlich die Art dieser Beziehung zum Haupteide aus. „Bei dem Herrn, der Eid ist rein und nicht mein (claene and unmaene), den N. schwor," lautet die Formel bei den Angelsachsen; [2]) „daß die beiden wahr und recht (san tog lagh) schworen," [3]) „daß sie nichts wahreres (aei sannarin) wissen als jener schwor," [4]) „daß er schwor rein und nicht mein (reen oc eig men)," [5]) bei den Schweden; „daß jene recht (rät) schworen," [6]) „er schwor einen rechten Eid und ist kein Mein daran (rätän eth oc thaer aer ey men i)," [7]) bei den Dänen; sic illum Deus adjuvet et sancti quorum istae reliquiae sunt, ut veritatem dicit, [8]) quicquid iste de hac causa

---

[1]) Unter einen ganz ähnlichen Gesichtspunkt fällt die Bestimmung mancher dänischen Rechte, wonach dem Eide der Genossen gewisser Gilden ein höherer Werth beigelegt wird als dem Eide anderer Männer.

[2]) Oaths, 6.

[3]) Oestgöta L. Eghna sal. 9, 1; Vinsorþa B. 3, pr. und 4; Aersþa B. 8, pr.

[4]) Wästmanna L. I. þingh. B. 15, pr.

[5]) Wästgöta L. II. Addit. 12, 1.

[6]) Skaansk. L. IV. 7 (ed. Thorsen).

[7]) Eriks Säll. L. 99 (ed. Thorsen).

[8]) Capit. a. 803. ad Leg. Ripuar. 12.

juravit, verum et idoneum sacramentum exinde juravit, [1]) bei den Franken; quod appellatus juravit, verum juravit, [2]) bei den Langobarden; ähnlich lauten endlich auch die Formeln in Norwegen und Island, [3]) und im Sachsenspiegel und anderen späteren Quellen kehrt auch für Deutschland die Wendung wieder: dat sin eid si reine unde unmeine, [4]) u. dgl. m. Man sieht, als das Thema des Eidhelfereides erweist sich nicht die objective Wahrheit irgendwelcher bestrittenen Thatsache, sondern lediglich die subjective Reinheit des Hauptschwures; nordische Quellen sagen geradezu von jenem ersteren, daß er diesen letzteren bewahrheite (at sanna lautet der Ausdruck), und Bewahrheitungsleute (sannadharmenn, sönnunarmenn) mögen darum die Eidhelfer im isländischen Rechte heißen. Eben darum muß jedem Eidhelfereide nothwendig ein Haupteid vorangehen, während man den Parteieneid, wo der Beweis durch Zeugen geführt werden will, recht wohl der Zeugenvernehmung erst folgen, oder auch völlig fallen lassen kann. — Schon diese ausschließliche Beziehung des Eidhelfereides auf die subjective Reinheit des Hauptschwures, von welcher der Mitschwörende doch kaum jemals eine auf eigener Wissenschaft beruhende Ueberzeugung haben konnte, nicht minder aber auch die Art wie die Eidhelfer gewählt und die große Zahl in welcher dieselben nicht selten gefordert werden, thut dar, daß deren Schwur unmöglich als ein Wahrheitseid in dem Sinne aufgefaßt werden kann, in welchem ein solcher im Zeugeneide wesentlich vorliegt. Weder auf eigene leibliche Sinneswahrnehmung noch auf eigene Lebenserfahrung kann sich der Eidhelfereid unmittelbar stützen; auf mehr als eine rein subjective Ueberzeugung des Schwörenden vermag sich derselbe in bei weitem den meisten Fällen überhaupt nicht, in andern aber doch wenigstens immer nur zufällig zu begründen. In diesem Sinn mag man demnach allerdings mit Rogge, Eichhorn, Grimm, Zöpfl, Rosenvinge, Arnesen u. a. m. den Eidhelfereid als einen bloßen Glaubenseid bezeichnen,

---

[1]) Form. Sirmond. 41.

[2]) Form. ad Luitpr. Leg. 13.

[3]) Magnuss L. L. þjofa B. 13; Gragas, þingskapaþ. 27—8. und Omaga B. 7.

[4]) Sächs. Landr. III. 88, §. 3; vgl. J. Grimm, D.-R.-A. S. 29—30; Albrecht, Diss. II. Note 154.

und es läßt sich sogar für diese Auffassung die Auctorität kirchlicher Quellen anführen; [1]) indessen scheint doch Sachße (S. 23—7) mit Recht darauf aufmerksam zu machen, daß es sich dabei keineswegs um ein völlig vages Meinen und Glauben handle, vielmehr auch hier gewisse äußere Anhaltspunkte für die Ueberzeugung erforderlich und geboten seyen. Auch darin sind wir mit Sachße einverstanden, daß ein solcher Anhaltspunkt nicht so ausschließlich in dem Urtheile der Eidhelfer über die Moralität des Hauptschwörers zu suchen sey, wie dieß z. B. Gemeiner (S. 12 und 16) und Walter (D. R. G., S. 703) behaupten, daß vielmehr auch das Benehmen desselben vor Gericht und die Art wie er sich vertheidigte, als solcher dienen konnte; ja sogar, fügen wir bei, die Möglichkeit einiger Kenntniß von der objectiven Wahrheit der Thatsache, welche den Gegenstand des Haupteides ausmachte, dürfte dabei mit in Betracht gezogen werden. Schon die besonderen Eigenschaften, von welchen man wenigstens unter Umständen die Zulassung zur Eideshülfe abhängig machte, brachten es mit sich, daß die zu dieser Function berufenen Leute über die streitigen Verhältnisse einigermaßen orientirt seyn konnten, wenn auch diese Rücksicht erst in späteren Gesetzen ausdrücklich hervorgehoben werden mag (vergl. z. B. Magnuss L. L. þjofa B. 13); nicht minder ist aber auch der große Einfluß zu beachten, welchen die durchgängige Einfachheit und Oeffentlichkeit des gesammten Lebens der ältesten Zeit in dieser Hinsicht äußern mußte. Die hiedurch bedingte vollkommene Durchsichtigkeit aller Verhältnisse und des ganzen Treibens jedes einzelnen machte dem Eidhelfer im gegebenen Falle möglich ein ziemlich sicheres subjectives Urtheil sich zu bilden, und zwar um so mehr, weil zwischen dem Versprechen der Eidesleistung seitens der Partei und dem Schwurtermine selbst in der Regel eine längere Frist inmitten zu liegen pflegte, die der Eidhelfer zur Einziehung weiterer Nachrichten benützen konnte. Immerhin ist indessen daran festzuhalten, daß Momente dieser letzteren Art immer nur adminiculirend zu wirken vermochten; gestützt auf sein Urtheil über die Moralität des Hauptschwörers, auf die Meinung die er

---

[1]) Vgl. c. 13. X. de purg. can. (V. 34): Illi vero, qui ad purgandam alicujus infamiam inducuntur; id solum tenentur juramento firmare, quod veritatem *credunt* eum juramento dicere, qui purgatur.

sich aus dessen Benehmen vor Gericht über seine Ehrlichkeit oder Unehrlichkeit bildete, endlich auch auf das was er etwa über die streitige Thatsache selbst wußte oder von andern erfahren hatte, mochte der Eidhelfer je nach Umständen sich berufen fühlen, seinen Glauben an die Reinheit des Haupteides eidlich zu betheuern oder nicht, — immer handelt es sich dabei nur um einen Ausspruch über die Subjectivität des Hauptschwörers, nicht aber um einen solchen über die Wahrheit der im Streite begriffenen Thatsache selbst. Durch diesen letzteren Umstand unterscheidet sich der Eidhelfer vom Zeugen auch dann noch, wenn dieser letztere als Erfahrungszeuge, nicht als erwählter Zeuge aussagt; obwohl das Zeugniß in solchem Falle auch vom Hörensagen her oder auf Grund von Schlüssen, die der Zeuge aus im einzelnen ihm vielleicht nicht einmal mehr bestimmt erinnerlichen Thatsachen halb unbewußt zieht, abgegeben werden mag; obwohl ferner auch hier nähere Beziehungen des Zeugen zum Beweisführer, weil nur durch solche die dem erstern nöthigen Erfahrungen vermittelt werden können, gefordert seyn mögen, bleibt dennoch die Zeugenaussage auch hier immer noch unmittelbar auf das thema probandum, nicht auf die bloße subjective Reinheit des Parteieneides gerichtet. Nur eine Consequenz dieser durchgreifenden inneren Verschiedenheit des Zeugnisses von der Eideshülfe ist ein anderer, mehr äußerlicher Unterschied. Eben weil er über die objective Wahrheit von Thatsachen aussagt, von deren Existenz er aus eigener Wissenschaft oder Erfahrung Kenntniß haben soll, kann der Zeuge sein Zeugniß in keinem Falle verweigern; er muß aussagen, möge nun seine Aussage für oder gegen den Beweisführer ausschlagen, welchen selbst sein Nichtwissen fällt. Der Eidhelfer dagegen hat nur dann zum Schwure zu treten, wenn er glaubt für die Reinheit des Haupteides diesen ablegen zu können; er hat niemals gegen den Beweisführer zu schwören, da einerseits der Mangel an Vertrauen in dessen Persönlichkeit, welcher sich in der Verweigerung der Eideshülfe ausspricht, bereits genügt, um dem Haupteide die zu einer gelungenen Beweisführung erforderliche Kraft zu entziehen, andererseits auch demjenigen, der die Haftung für die Reinheit des fremden Eides nicht auf sich nehmen zu wollen erklärt, darum doch noch nicht zugemuthet oder gestattet werden kann, umgekehrt seinen Glauben an dessen Nichtreinheit zu be-

schwören [1]). Der Eidhelfereid ist eben, wie Sachße ihn sehr richtig bezeichnet (S. 46 u. 90), lediglich „ein Vertrauenseid für die Person des Beweisführers bei Ableistung seines Haupteides;" er ist ebendarum „kein Beweismittel für sich, sondern die gesetzliche Bürgschaft, die der Beweisführer dem Richter für die Reinheit seines Eides stellen mußte, damit der Richter in diesen Eid volles Vertrauen setzen und das nöthige Gewicht ihm beilegen könne."

Man sieht, schon aus dem Bisherigen wird das Institut der Eideshülfe vollkommen erklärlich. Es begreift sich, daß das ältere Recht wie das neuere unter Umständen auf den Parteieneid recurriren mußte, und daß dieß zufolge der eigenthümlichen Beschränkung des Zeugenbeweises sogar in ungleich zahlreicheren Fällen geschehen mußte; es liegt ferner nahe genug, daß man in wichtigeren Sachen wenigstens sich veranlaßt fühlen mußte, dem Parteieneide für sich allein nicht recht zu trauen; es erscheint endlich auch keineswegs unbegreiflich, daß man in solchen Fällen eine weitere Garantie für dessen subjective Wahrheit darin suchte, daß man eine je nach der Schwere des Falles verschieden bestimmte Zahl von unbescholtenen Männern sich für diese mit dem eigenen Eide verbürgen ließ. Ein eigenthümliches Dilemma war dabei freilich unvermeidlich. Da nämlich die Eideshülfe sich großentheils auf die persönliche Ueberzeugung von der Moralität des Hauptschwörers stützen mußte, mußte man sich dazu gedrängt fühlen, zu derselben nur Leute zuzulassen, welche in hinreichend nahen Beziehungen zu diesem standen, um über dessen Persönlichkeit ein wohlbegründetes und bestimmtes Urtheil sich bilden zu können; andererseits aber lag bei Leuten dieser Art begreiflich wieder die Gefahr nahe, daß gerade diese ihre engen Beziehungen zum Hauptschwörer dieselben verleiten möchten, zu dessen Gunsten einen unwahren Eid abzulegen. Daß man nun bei diesem einmal gegebenen Widerstreite von Rücksichten bald die erstere, wie dieß zumal in der älteren, einfacheren und vertrauensvolleren Zeit, bald die letztere, wie dieß zumal in der späteren, klügeren und mißtrauischeren Zeit geschehen zu seyn

---

[1]) Die Möglichkeit eines geschichtlichen Zusammenhanges der Eideshülfe mit dem Erfahrungszeugnisse ist durch diese Unterschiede in der Gestaltung beider natürlich nicht ausgeschlossen; es soll indessen hier nur angedeutet werden, daß manches für dieselbe zu sprechen scheint.

scheint, vorwiegend ins Auge faßte, daß man auch wohl durch dem einen oder anderen Theile eingeräumte Vorschlags- oder Recusationsrechte bezüglich aller oder doch eines Theiles der Eideshelfer beide mit einander zu vereinigen suchte, kann nicht auffallen, und es ist einleuchtend, daß aus diesem Zusammenwirken ganz verschiedenartiger Motive das Institut an verschiedenen Orten und zu verschiedenen Zeiten eine sehr ungleichförmige Gestalt erlangen mußte. Immerhin begreift sich dasselbe indessen bereits von dem Standpunkte des reinen Beweisrechtes aus, d. h. es ist erklärlich, daß die Eideshülfe, wenn auch in ihrer Anwendung noch so vielen Uebelständen ausgesetzt, doch ihrem Principe nach recht wohl geeignet erscheinen mochte, in verständigen Leuten eine Ueberzeugung zu begründen, und daß dieselbe ebendarum die Geltung eines gesetzlich anerkannten Beweismittels recht wohl erlangen konnte; für eine anderweitige Erklärung des Institutes ist demnach keinerlei Bedürfniß vorhanden.

Dennoch ist der Versuch, von anderem als dem processualischen Gebiete aus die Eideshülfe zu construiren, wiederholt gemacht worden, und sowohl der große Scharfsinn, welcher zu solchem Ende aufgewendet worden, als auch der Beifall, welchen wenigstens die älteste derartige Construction gefunden hat, macht es unerläßlich, auch diesem Punkte noch eine etwas eingehendere Besprechung angedeihen zu lassen. Es will aber zunächst Rogge in der Eideshülfe ein Beweismittel überhaupt nicht sehen; er stützt dieselbe vielmehr lediglich auf das Fehderecht, und stellt sich die Sache folgendermaßen vor (vergl. zumal S. 21—4, und 142—6). Der wegen eines Friedensbruchs Belangte habe zunächst die Wahl gehabt, ob er die verwirkte Composition zahlen oder ob er die Fehde tragen wolle; für den Fall daß er sich unschuldig wußte, habe man ihm indessen auch gestattet, dem Gegner „seine Fehdegenossen zum Beweise seiner Macht vorzustellen, und mit diesen zusammen als Eideshelfern die That zu läugnen;" „die Eideshelfer erklärten also keineswegs aus bestimmten, genannten oder stillschweigend vorausgesetzten Gründen, die Anklage für ungerecht, sondern nichts weniger, als daß sie ihrem Freunde jetzt so zur Seite stünden, wie sie es in der Fehde gethan haben würden; und ebendarum verstand es sich von selbst, daß sie an seine Unschuld glauben mußten;" der Unschuldseid nämlich sey zwar nur ein „Opfer"

gewesen, das „der Sitte gebracht werden mußte," aber es habe ihr dieses leicht gebracht werden können, weil zufolge der unbegränzten Rechtlichkeit der alten Germanen „wer eine offenbar gerechte Fehde sich zuzog, ohne Kampfgefährten war." Um dieser ihrer Grundlage willen stehe die Eideshülfe im wesentlichen Zusammenhange mit dem Compositionensysteme, und stufe sich die Verschiedenheit der Stände im Werthe der Eide wie in dem der Buß- und Wergeldsätze ab; darum könne von einem Bezahlen mit Eiden gesprochen werden wie von einem Bezahlen mit Compositionen; aus demselben Grunde habe ferner die Eideshülfe ursprünglich jederzeit von den Verwandten als den natürlichen Fehdegenossen geleistet werden müssen, u. dgl. m. — Etwas anders faßt die Sache Gemeiner. Er nimmt an, daß ursprünglich lediglich der Zweikampf als Mittel die Reinheit des Parteieneides herzustellen gegolten habe; später erst sey derselbe für diejenigen Fälle, welche sühnbar geworden seyen und somit die Fehde ausgeschlossen hätten, weggefallen und durch die Eideshülfe ersetzt worden (S. 10). Diese Ersetzung sey darum nahe gelegen, weil „bekanntlich" ursprünglich jede Partei zum Zweikampfe von einem Anhange begleitet zu werden pflegte, welcher, sobald der Angeklagte im Kampfe als schuldig befunden wurde, sofort in der Fehde als der ältesten Form der Execution handelnd mit aufgetreten sey; es habe sich demnach allerdings die Eideshülfe aus einer ursprünglichen Fehdegenossenschaft herausgebildet; unzuläßig sey es aber, „auch noch im Eide der Ortsnachbarn als Eideshelfer die Zusicherung eines äußeren, materiellen Beistandes anzunehmen, wobei man zudem ganz zu übersehen scheint, daß gerade in den Fällen, in welchen Eideshelfer vorkommen, bei den sühnbaren Missethaten, es nie zur Fehde, und somit auch nicht zur Geltendmachung eines äußeren Beistandes kommen konnte" (S. 37—8). Vielmehr sieht der Verfasser, wie bereits oben bemerkt wurde, in dem Verfahren mit Eideshelfern einen reinen Leumundsproceß; hervorgehen läßt er dieselben übrigens nicht nur aus der Blutsverwandtschaft, sondern auch aus der Ortsgemeinde. — Wieder einen andern Weg schlägt Waitz ein (deutsche Verfassungsgeschichte, I, S. 210—2; vergl. Das alte Recht der Salischen Franken, S. 170—3). Er erklärt sich entschieden gegen die Auffassung Rogge's; aber auch er geht von der Ansicht aus, daß die Eidhelfer ursprünglich der Familie

des Angeklagten entnommen worden seyen, und zwar weniger wegen ihrer genaueren Bekanntschaft mit diesem, als vielmehr darum, „weil ihnen daran gelegen war, daß seine Unschuld anerkannt werde, weil ihnen, die für sein Unrecht mitzuhaften hatten, auch Gelegenheit und Mittel geboten werden mußten darzuthun, daß ein solches nicht vorhanden, daß keine Verurtheilung oder Strafe zulässig sey." Es sey hiernach die Eideshülfe „nicht als eine Pflicht allein zum Schutze des einzelnen Familiengliedes, sondern als ein Recht der Familie selbst" anzusehen, und diese Vertheidigung der Familie stehe mit ihrer Pflicht für das Wergeld zu haften im nächsten Zusammenhang, während Wahlrechte des Klägers, dann auch völlige Lostrennung der Eideshülfe von der Familie erst spätere Umbildungen des Instituts seyen.

Mit keiner der angeführten Theorien, unter denen die Rogge'sche ziemlich allgemeinen Beifall gefunden hat, [1]), vermögen wir uns indessen einverstanden zu erklären; es mag gestattet seyn, die wesentlichsten Einwendungen gegen dieselben wenigstens anzudeuten. Vor allem ist gegen Rogge zu bemerken, daß dessen Auffassung auf einem durchgreifenden Mißverstehen einerseits des Wesens der Fehde, andererseits der Bedeutung des Eidhelfereides beruht. Es lag nämlich, wie in Wilda's Strafrecht bereits ebenso schlagend als erschöpfend nachgewiesen worden ist, keineswegs im freien Belieben eines jeden, der gegen einen anderen den Verdacht eines Verbrechens hegte oder zu hegen vorgab, ob er gegen diesen klagen oder die Fehde erheben wollte, und ebensowenig hing es

---

[1]) Vgl. z. B. Phillips, Angelſ. Rechtsgesch. S. 180—5; Englische Rechtsgesch. II. 258—9; Deutsche Geschichte, Bd. I. S. 247 u. folg., und noch crasser in seiner unten anzuführenden Abhandlung über die Ordalien; Hildenbrand, Die purgatio canonica und vulgaris. S. 9—14; Davoud-Oghlou, Histoire de la législation des anciens Germains, I. S. LXXX; Nordström, Bidrag till den Svenska Samhälls-författninges Historia, II. 647—9 u. dergl. m. Selbst J. Grimm läßt sich die Verknüpfung der Eidhelfer mit dem Fehdewesen gefallen, obwohl er daneben sehr verständig darauf hinweist, daß und warum ihrem Eide allerdings eine beweisende Kraft innewohne, D. R.-A. S. 860; Rosenvinge, welcher vordem selbst einigen Zusammenhang mit der Haftung der Verwandtschaft für das Wergeld angedeutet hatte (Dissert. II. S. 156), erklärte sich später (Grundrids af den Danske Retshistorie, II. 133), freilich nur sehr vorsichtig, gegen Rogge.

von der Willkür des angegriffenen Theiles ab, ob er dem Angriffe sich widersetzen wollte oder nicht; vielmehr hing, vorausgesetzt daß es sich überhaupt um ein fehdewürdiges Verbrechen handelte, alles von der Entscheidung der Vorfrage ab, ob die Beschuldigung begründet oder unbegründet war: im ersteren Falle war der Verletzte zur gewaltsamen Selbsthülfe berechtigt, ebendarum aber auch jeder Widerstand gegen ihn eine widerrechtliche strafbare That; im zweiten Falle dagegen war umgekehrt der Angriff ein Friedensbruch, und somit der Widerstand gegen denselben ein berechtigter. Von einem Kriegsrechte beider Theile ist demnach weder hier noch dort die Rede; ebendarum kann aber auch das gerichtliche Verfahren unmöglich die Bedeutung haben, daß einfach constatirt werde, mit wieviel Mannschaft der Angeschuldigte ins Feld rücken könne, dasselbe muß vielmehr eben die Frage, welcher von beiden Theilen im Recht, welcher im Unrecht sey, zur Entscheidung bringen, woraus sich dann von selbst ergibt, ob der Kläger zur gewaltsamen Selbsthülfe schreiten, und hiezu die Unterstützung der Volksgenossen in Anspruch nehmen dürfe. Andererseits ist aber auch der Eid der Mitschwörenden auf die Reinheit des Parteieneides, mittelbar also auf das Recht des Beweisführers gestellt, nicht auf das Versprechen ihn in der Fehde unterstützen zu wollen; warum sollte man wohl, wenn letzteres gemeint war, die Eidesformel auf ersteres gerichtet haben? Regge meint, um der Sitte ein Opfer zu bringen, die den in gerechter Fehde Angegriffenen zu unterstützen verbot; wir finden umgekehrt in den Quellen eine Fülle von Beispielen vor, welche zeigen, daß unsere Vorfahren, ihre sonstige Rechtschaffenheit in allen Ehren, fast ausnahmslos bereit waren zum Schutze ihrer Freunde und Verwandten selbst gegen die gerechteste Fehde die Waffen aufzunehmen; wenn demnach das Recht die Vertheidigung eines solchen vor Gericht an einen Glaubenseid über dessen Unschuld band, brachte es nicht etwa der Sitte ein Opfer, sondern trat derselben vielmehr entgegen, indem es die Heiligkeit des Eides zu Hülfe rief. Man übersehe dabei nicht, wie diese zweiseitige Argumentation ineinandergreift: was vom Standpunkte der Fehde aus Gegenstand der gerichtlichen Verhandlung und Entscheidung seyn mußte, das erweist sich in der Formel des Eidhelfereides wirklich als dessen Thema. — Zweitens darf aber auch darauf aufmerksam gemacht werden, daß die Eides-

hülfe, soweit unsere Quellen zurückreichen, allerwärts in Civilsachen sowohl als in Strafsachen ihre Stelle findet, während denn doch, seitdem es überhaupt einen germanischen Staat gab, der Satz galt: „mit Recht und Gesetz soll man im Lande wohnen, und nicht mit Gewaltthaten,“ [1]) „jedermann ist werth, ein Urtheil für sein Gut zu erhalten,“ [2]) also für Civilsachen wenigstens die gewaffnete Selbsthülfe ausgeschlossen war. Rogge scheint freilich annehmen zu wollen, daß die Anwendung der Eideshülfe in Civilsachen erst eine spätere sey; hiefür fehlt aber nicht nur jeder Anhaltspunkt in den Quellen, sondern es widerstreitet dem sogar deren gesammter Inhalt. Wer möchte z. B. die primitive Alterthümlichkeit des Verfahrens mit Kvadha verkennen, wie solches im norwegischen Guladinge unter Olaf dem Stillen († 1093) bestand, unter Magnus Erlingsson († 1184) aber bereits abgekommen war? Und doch verwendet dieses bereits Eidhelfer. [3]) Daraus aber, daß das Institut gleichmäßig auf Fälle Anwendung fand, in welchen die Fehde zulässig und in welchen dieselbe unzulässig war, ergibt sich denn doch mit Sicherheit, daß sich dasselbe unmöglich aus dieser herausgebildet haben kann, weder in der von Rogge, noch in der von Gemeiner angenommenen Weise; es ergibt sich aber auch nicht minder, daß dasselbe nicht, wie Waitz will, mit der Haftung der Verwandtschaft für das Wergeld in wesentlichen Zusammenhang gebracht werden darf, indem auch diese mit Civilsachen nichts zu thun hat. So ist denn auch von einem besonderen Zusammenhang der Eideshülfe mit dem Compositionenwesen keine Rede. Wenn mit der Höhe der Compositionen auch die Zahl der geforderten Eidhelfer steigt, wenn ebendarum auch wohl von einem Bezahlen mit Eiden statt mit Geld gesprochen wird, so läßt sich dieß sehr einfach aus andern Gründen erklären, und muß aus solchen erklärt werden, weil dieselbe Scala auch in Civilsachen wiederkehrt; — daß ferner in einigen Rechten die Verschiedenheit der Stände auch in einer Abstufung der Eideswerthe sich ausdrückt, hat an sich nichts auffallendes, und kann überdieß zu einem Schlusse auf das Wesen der Eideshülfe schon darum nicht benützt

---

[1]) Upl. L. Wiþ. B. 1; ähnlich Jydske L. Vorrede.
[2]) Gulaþ. L. 34.
[3]) Gulaþ. L. 37.

werden, weil weitaus die meisten Rechte davon gar nichts wissen. Speciell gegen Gemeiner ist dabei, ganz abgesehen von dem was aus der unten darzulegenden Auffassung des Zweikampfes zu folgern wäre, noch zu bemerken, daß die Fälle, in welchen die Fehde ausgeschlossen war, keineswegs mit denjenigen zusammenfallen, welche als sühnbar galten, wie denn Fehde, Composition und Eidhelfereid in den Quellen geradezu alternativ neben einander gestellt sich finden (z. B. L. Saxon. 18, ed. Merkel); daß ferner von einer Begleitung zum Zweikampfe, um je nach dessen Ausgang sofort die Fehde zu erheben, nirgends eine Spur sich zeigen will, soviele Beispiele von Duellen auch zumal die nordischen Quellen aufweisen. — Endlich aber, und diese Bemerkung ist wieder gleichmäßig gegen Rogge, Waitz und Gemeiner gerichtet, ist auch in keiner Weise bewiesen, daß die Eideshülfe ursprünglich allgemein mit dem verwandtschaftlichen oder nachbarlichen Verbande zusammengehangen habe. Allerdings geschieht bereits in den ältesten erhaltenen Rechtsdenkmälern der verwandtschaftlichen Eideshülfe Erwähnung; allein neben derselben steht bereits auch die von anderen Personen, und zwar nicht bloß von Ortsnachbarn geleistete, sey es nun daß man für bestimmte Fälle diese, für andere jene eintreten, oder daß man jederzeit die Eidhelfer zum Theil aus der Verwandtschaft, zum Theil anderswoher wählen ließ. Es heißt rein willkürlich verfahren, wenn man diese letztere Thatsache gegenüber jener ersteren ignorirt, oder aus einzelnen Stellen, welche zeigen daß unter Umständen die Eideshülfe mit der Verwandtschaft zusammenhing, sofort den Schluß ziehen will, daß alle Eideshülfe jederzeit nur auf der Verwandtschaft beruht habe.[1]) Nur soviel ist zuzugeben, daß in bestimmten Fällen,

---

[1]) Rogge beruft sich auf Aedhelr. IX. 23 (=Cnut E. 5), wonach ein Kleriker sich wegen Todtschlags reinigen soll mit seinen Magen, welche mit ihm zu zahlen oder die Fehde zu tragen hätten; sodann auf L. Sal. 60 (ed. Merkel), woselbst von dem, der sich von seiner Verwandtschaft lossagt, gesagt wird, daß er sich von ihrer Eid= wie Erbgenossenschaft trenne. Aehnlich findet Walter, S. 704, den ursprünglichen Zusammenhang der Eideshülfe mit der Blutsfreundschaft dadurch genügend bezeugt, daß die L. Burg. 8. §. 1 den Mann mit Verwandten schwören läßt, unter welchen Weib und Kinder, oder auch Vater und Mutter desselben figuriren, was denn doch alles andere, nur nicht urgermanisch

welche zum Verwandtschaftsnexus in irgendwelcher besonderen Beziehung standen, die Eidhelfer ausschließlich der Verwandtschaft entnommen werden mußten, und daß von hier aus manche Rechte (nicht alle) wirklich aus dem von Waitz bezeichneten Grunde in Wergeldssachen die verwandtschaftliche Eideshülfe gefordert haben mögen, während man in anderen Fällen aus anderen Gründen ansässige Ortsnachbarn verlangen mochte; daß ferner darüber hinaus auch in Fällen anderer Art die Rücksicht auf jene genaue Bekanntschaft mit dem Hauptschwörer, aus welcher der Eidhelferbeweis seine hauptsächlichste Gewähr zog, in derselben Weise zu einer Heranziehung seiner Verwandten führen konnte, wie dieselbe anderwärts zu einer Verwendung seiner Ortsnachbarn, Gildbrüder, Schiffsgenossen u. dgl. m. geführt hat.

Als das letzte unter den dem ältesten Processe bekannten Beweismitteln nehmen endlich neben, oder richtiger gesprochen hinter den bisher besprochenen die Gottesurtheile ihre Stelle ein [1]. Der Grundgedanke derselben ist bekanntlich der, daß in Rechtssachen, welche aus irgendwelchem Grund eine anderweitige Entscheidung nicht zulassen, Gott selbst, wenn in gehöriger Form darum angegangen, der Unschuld beistehen und die Wahrheit enthüllen werde; man stellte mit anderen Worten die Entscheidung der Sache, weil man sich nicht anders zu helfen wußte, einem Wunder anheim, in dem einfältigen Glauben, daß die für menschliche Weisheit unergründbare Frage von der Gottheit, welche die Wahrheit kennt und die Naturkräfte lenkt, durch unmittelbares Eingreifen zu Gunsten des Unschuldigen werde erledigt werden [2].

---

ist; daß ferner Form. Marc. App. 5 in einem Falle, wo es sich um die Abstammung einer Person handelt, Verwandte als Eidhelfer fordert!

[1] Vergl. über sie Fr. Majer, Geschichte der Ordalien, insbesondere der gerichtlichen Zweikämpfe in Deutschland, Jena, 1795. Wilda, Ordalien, in Ersch und Grubers Allgemeiner Encyklopädie der Wissenschaften und Künste, Sect. III. Bd. 4, S. 453—90 (1833); Phillips, Ueber die Ordalien bei den Germanen in ihrem Zusammenhange mit der Religion (1847; auch in dessen Vermischten Schriften, Bd. I. S. 122—44 und 467—73; 1856). Weitere Nachweise, zumal auch über die ältere Literatur, findet man bei Majer und Wilda. Sachße's Darstellung dieser Materie ist eine völlig ungenügende.

[2] Phillips (Deutsche Geschichte, I. S. 254 u. folg.; Ordalien,

Im vollsten Sinne des Worts wurde also ein Urtheil Gottes, judicium Dei, über die Thatfrage erbeten; es ist nur eine prägnante Abkürzung des Ausdrucks, wenn auch wohl die Worte judicium, examen, Urtheil, für sich allein im gleichen Sinne gebraucht werden [1]). Auf die verschiedenen Formen, in welchen die Gottesurtheile angewendet wurden, braucht hier um so weniger eingegangen zu werden, als sich in dieser Beziehung bei Majer, Grimm und Wilda bereits die reichsten Nachweise gesammelt finden; dagegen erscheint es nothwendig, deren juristisches Verhältniß zu den bereits besprochenen Beweismitteln noch etwas schärfer ins Auge zu fassen. Wir gehen dabei von der Thatsache aus, daß diese letzteren nicht unter allen Umständen eine endgültige Entscheidung der Thatfrage zu sichern im Stande waren. Nur im engsten Umfange war ein Zeugenbeweis möglich; der Regel nach mußte auf den Parteieneid zurückgegriffen werden, mochte dieser nun allein oder mit Eidhelfern geschworen werden. Unter Umständen erwies sich aber auch der Parteieneid unzulänglich. Der bescholtene Mann durfte von vornherein nicht schwören; Unfreie, Minderjährige, Weiber mochte vielleicht ihr Herr oder Vormund

---

S. 139 u. folg.) will in den Gottesurtheilen eine orakelmäßige Anfrage bei den Göttern, ob ihnen die betreffende Person geopfert werden solle, — Hildenbrand (Purgatio canonica und vulgaris, S. 16—7), ganz ebenso wie dieß Rogge (S. 205) hinsichtlich des Zweikampfes gethan hatte, ein Orakel über den Ausgang einer zu erhebenden Fehde sehen; erst durch das Christenthum hätten dieselben den oben bezeichneten Charakter angenommen. Beide Ansichten bedürfen keiner ernsthaften Widerlegung.

[1]) Durch J. Grimm ist längst festgestellt worden, daß der für die Gottesurtheile mehrfach gebrauchte Ausdruck „Ordalien" für uns ein durchaus sprachwidriger ist. Ordal ist lediglich die angelsächsische Form für das altsächsische urdeli, friesische ordel, althochdeutsche urteili, und es ist nur zufällig, daß die angelsächsischen Quellen den Ausdruck nur für das judicium Dei brauchen, während derselbe im Altsächsischen umgekehrt nur für den gerichtlichen Spruch, im Friesischen und Althochdeutschen aber für beides üblich ist. Den nordischen Sprachen ist das Wort in dieser zwiefachen Bedeutung wohl erst aus dem Deutschen zugekommen, und für das Gottesurtheil brauchen sie den, offenbar aus kirchlichen Quellen entlehnten, Ausdruck skirsla, Reinigung. Doch ist zu beachten, daß das westgötische Recht das Zeitwort at ordela sik in der Bedeutung gebraucht: von einer Klage sich befreien (Schlyter, h. v.).

nicht, wie ihm dieß zustand, mit seinem Eide vertreten, ohne daß dieselben doch darum ohne weiteres für schuldig gelten konnten Selbst der unbescholtenste Mann konnte unter Umständen, z. B. in fremdem Lande, nicht die nöthige Zahl von Eidhelfern erbringen, ohne daß doch hieraus, wie sonst gewöhnlich, ein sicherer Schluß auf seine Schuld gezogen werden könnte, oder es mochte auch wohl vom Kläger eine hinreichend gewichtige Bescheinigung seiner Anschuldigung erbracht seyn, um den sonst üblichen Unschuldseid des Beklagten unstatthaft erscheinen zu lassen. Nicht immer mochte es als genügend gelten, wie allerdings zuweilen geschah, im ersteren Falle dieselbe Zahl von Eiden, welche der Angeschuldigte eigentlich mit seinen Eidhelfern zu schwören hätte, von seiner alleinigen Hand ableisten zu lassen, oder im letzteren Falle lediglich die Zahl der geforderten Eidhelfer zu steigern; und noch weniger gieng es an, den Beklagten unter solchen zwar einen schweren Verdacht aber doch keine volle Gewißheit begründenden Umständen sofort schuldig zu sprechen. In allen Fällen dieser und ähnlicher Art ließ man nun als letztes Auskunftsmittel das Gottesurtheil eintreten, und dieses bildete somit zunächst ein subsidiäres Beweismittel für die Fälle, in welchen der Beweis an und für sich durch den alleinigen oder mit Eidhelfern verstärkten Schwur der Partei zu führen wäre, dieser Schwur aber unter gegebenen Umständen nicht erbracht werden kann. [1]) Mit vollem Recht hebt hiernach Wilda hervor (S. 475), daß die Verweisung an das Gottesurtheil principiell nicht als eine Beschwerung, sondern vielmehr umgekehrt als eine Begünstigung der betreffenden Partei betrachtet werden müsse; dem Verdächtigen, der außerdem bereits sachfällig wäre, gewährt sie noch ein letztes, wenn auch verzweifeltes, Mittel seinen Beweis zu führen, und damit als Sieger aus dem schon nahezu verlorenen Rechtsstreite hervorzugehen. [2])

---

[1]) Es kann freilich auch vorkommen, daß Leute des besten Rufes und des vornehmsten Standes sich freiwillig zum Gottesurtheile erbieten, obwohl ihnen die Reinigung durch den Eid freistünde, um durch das Bestehen dieser gefahrlichsten Probe ihre verdächtigte Unschuld um so glänzender zu bewähren; hierin liegt indessen nur eine beiläufige, nicht die wesentliche Anwendung des Institutes.

[2]) Es ist eine Abnormität, wenn das salische Recht den Kesselfang zu einem primären Beweismittel macht, dagegen dem Beweisführer

Im judicium Dei erblicken wir somit den letzten Schlußstein des altgermanischen Beweisverfahrens. Damit ist bereits ausgesprochen, daß wir demselben einen ächt germanischen Ursprung beilegen, und die Ansicht derjenigen ablehnen zu müssen glauben, welche dessen Entstehung erst in die christliche Zeit versetzen und auf die Kirche zurückführen wollen, — eine Ansicht, welche von Rogge sowohl (S. 203—4) als von Grimm (S. 909 bis 910) bekämpft, in etwas modificirter Fassung von Wilda neuerdings wieder aufgenommen wurde (S. 480 — 2). Wilda will dem Heidenthume, neben dem Kampfe, nur das Loos zugestehen, welches bei den Franken und Friesen nachweisbar ist, und zwar bei den letzteren in einer Gestalt, welche an des Tacitus Bericht über das Orakel mittelst looswerse geworfener Runenstäbe lebhaft erinnert [1]; alle andern Proben dagegen, und zumal das Eisentragen und der Kesselfang, gelten ihm als erst durch die

---

gestattet gegen Erlage bestimmter Taxen die Reinigung durch Eidhelfer sich zu erkaufen (L. Sal. 53 u. 56). Es erklärt sich inzwischen diese Bestimmung, wenn man bedenkt daß gerade dieses Gesetz den Zweikampf nicht kennt; die erweiterte Anwendung des Kesselfangs weist augenscheinlich darauf hin, daß dieser an die Stelle des Duells getreten ist, welches letztere so weiten Spielraum, wie unten nachgewiesen werden wird, allerdings beanspruchen konnte. Wenn übrigens Unger in seiner unten noch anzuführenden Schrift, S. 13, bemerkt, daß die Gottesurtheile nur in Strafsachen angewandt worden seyen, so mag dieß für die älteste Zeit richtig seyn; die von Walter, S. 718 Anmerkung 16—7 (vgl. S. 720) dagegen angeführten Beispiele reden, soweit sie nicht erst einer viel späteren Zeit angehören, nur von der Kreuzesprobe, von welcher Unger sehr richtig hervorhebt, daß sie lediglich ein kirchliches Surrogat für den Zweikampf gewesen sey. Schon ziemlich früh wird indessen, zumal in Statusfragen, das Gottesurtheil in weiterem Umfang zugelassen.

[1]) Vgl. Homeyers schöne Abhandlung: Ueber das germanische Loosen (Monatsberichte der Berliner Akademie der Wissenschaften, December 1853). Wenn übrigens Wilda annimmt, daß bei den Angelsachsen das Loosen als ein heidnischer Aberglaube verboten worden sey, so dürfte diese Angabe denn doch zu berichtigen seyn. Statt on hlotae lesen, Cnut. E. 5, die besseren Hss. on blote, und eben so steht Nordh pr. L. 48; daß die alte lateinische Uebersetzung an ersterer Stelle ebenfalls in sorte hat, vermag die vereinzelte Lesart einer späteren Hs. nicht zu stützen.

Kirche eingeführt. Seine Gründe scheinen indessen keineswegs überzeugend. Vor allem legt Wilda darauf Gewicht, daß die Gottesurtheile dem skandinavischen Norden fremd gewesen seyen. Er führt hiefür an, daß das Betreten der glühenden Pflugscharen durch Harald Gilli (1129) als etwas ganz unerhörtes bezeichnet werde [1]); dabei ist aber übersehen, daß das Ungewöhnliche keineswegs in der Probe an und für sich, sondern lediglich in deren besonderer Form und Schwere gesehen wurde, wie denn in der That schon unter dem dicken Olaf (†1030) Sigurd Thorlaksson zur Eisenprobe sich erbot und Grettir Asmundarson wirklich zu derselben schritt [2]). Er beruft sich ferner darauf, daß nach Saxo Gramm. X. 499, die Feuerprobe, mittelst welcher Bischof Poppo die Wahrheit des christlichen Glaubens erwies, den Anlaß gegeben habe zur Ersetzung des Zweikampfes in Dänemark durch die Eisenprobe; indessen ist klar, daß jener Schritt Poppo's einen entsprechenden Volksglauben bereits voraussetzte, und zudem wird von den ältesten Quellen, welche überhaupt jener Probe gedenken, geradezu berichtet, daß dieselbe auf ausdrückliche Anordnung des Dänenkönigs Harald vor sich gegangen sey [3]). Ueberdieß erbietet sich schon in einem Liede der alten Edda Gudrun zum Kesselfange [4]), und es kann nichts darauf ankommen, daß die betreffende Erzählung einem deutschen Sagenkreise entnommen ist, da jedenfalls deren ganze Einkleidung eine ächt nordische ist. Doch scheint gerade dieses älteste Zeugniß auf das Richtige zu führen. Um nämlich die Kesselprobe vornehmen zu können, muß erst ein deutscher Fürst, Sari, besandt werden, denn „der weiß zu weihen den wallenden Kessel.“ Offenbar ist hiernach zwar der Grundgedanken des Gottesurtheils dem Norden geläufig, denn sonst hätte die Königin unmöglich darauf verfallen können durch ein solches sich reinigen zu wollen, dagegen aber die besondere Form des Kesselfanges nur vom Hörensagen bekannt, und darum muß ein Fremder geholt werden um die Probe zu leiten. Völlig entscheidend scheint

---

[1]) Sigurdhar S. Jorsalaf. c. 47.

[2]) Färey. S. c. 43; Grettis S. c. 39.

[3]) Widukind. Corbej. III. c. 65; Thietmar. Merseb. II. c. 8. (Pertz, V. 444 u. 747); vgl. Grimm, S. 919.

[4]) Gudhrunarkv. III.

endlich, was eine geschichtliche Sage von einer dem Norden eigenthümlichen Art des Gottesurtheils, dem Gehen unter dem Erdstreifen, erzählt [1]). Danach vertrat diese, bisher nicht genügend gewürdigte, Form des Gottesurtheils im Heidenthume die später üblichen Arten desselben, welche als specifisch christliche galten; nur die besondere Form des Eisentragens und des Kesselfanges, nicht der Begriff des Gottesurtheils als eines subsidiären Beweismittels war somit dem Norden fremd und wurde demselben erst durch das Christenthum zugeführt. In keiner Weise ist aber damit entschieden, daß Feuerprobe und Kesselfang in der That der Kirche ihren Ursprung verdanken; diese mochte vielmehr beide Gebräuche bei den Deutschen bereits vorgefunden, und sich nur angeeignet haben. Gerade der Nachweis, daß dem nordgermanischen Heidenthum andere Formen des Gottesurtheils bekannt waren, muß dafür sprechen, daß jene beiden umgekehrt den Südgermanen zu vindiciren seyen, zumal da nach dem oben Bemerkten seiner ganzen Anlage nach das altgermanische Beweissystem eines derartigen letzten Auskunftsmittels nicht entbehren konnte, und wirklich finden wir bereits in denjenigen Theilen der Lex Salica, deren Abfassung über den Glaubenswechsel des Volkes zurückverlegt zu werden pflegt, des Kesselgriffes Erwähnung gethan. Daraus, daß die Kirche jene beiden Proben nicht als heidnischen Aberglauben verwarf, daß sie vielmehr von denselben sogar bei Anklagen wegen Götzendienstes u. dergl. selbst Gebrauch machte, darf man jedenfalls nicht mit Wilda auf deren kirchlichen Ursprung schließen, zumal da für die Annahme eines solchen auch nicht der geringste positive Anhaltspunkt sich erbringen läßt [2]). Allerdings muß indessen zugegeben werden, daß die Kirche nicht ohne eigenthümlichen Einfluß auf die Geschichte der Gottesurtheile geblieben ist. Vor allem hat dieselbe nämlich eine Reihe neuer Formen für diese erfunden, welche, sey es nun für den Klerus oder auch in weiteren Kreisen, an die Stelle der heidnischen Proben treten sollten. Wir

---

[1]) Laxdäla S. c. 18; vgl. Grimm, S. 118—9, und meine Geschichte der Bekehrung des norwegischen Stammes zum Christenthum, Bd. II. S. 222—3.

[2]) Schon Hildenbrand, S. 25—7 Anm., hat sich gegen Wilda's Annahme ausgesprochen, freilich aus nicht völlig zureichenden Gründen.

rechnen dahin die Abendmahlsprobe, die Probe des geweihten Bissens, endlich auch die Kreuzesprobe, indem Grimms Ausführung über den heidnischen Ursprung dieser letzteren (S. 927) durch Wilda's Gegenbemerkungen (S. 481) uns widerlegt scheint, und es darf darauf aufmerksam gemacht werden, wie gerade dieses Vorkommen von Gottesurtheilen, welche durch ihren eigenthümlichen Charakter schon ihre kirchliche Entstehung erweisen, sehr entschieden für den nicht kirchlichen Ursprung der Feuerprobe und des Kesselfanges spricht [1]. Sodann aber hat die Kirche durch die eigenthümliche Stellung, welche sie zumal dem Zweikampf gegenüber einnahm, auch wohl zu häufigerem Gebrauche der Gottesurtheile Veranlassung gegeben, welche sie sammt und sonders unter ihren Schutz und ihre Leitung zog; hievon wird indessen erst weiter unten gesprochen werden können.

Man hat endlich auch wohl die Frage aufgeworfen, wie der Glaube an die Untrüglichkeit der Gottesurtheile sich erkläre, — eine Frage, welche freilich, da der gleiche Gebrauch auch bei einer langen Reihe anderer Völker wiederkehrt [2]), über das Gebiet der germanischen Rechtsgeschichte hinausreicht. Wir können uns über diesen Punkt kurz fassen. Schon früher hatte man die

---

[1]) Außer den bereits genannten möchten wir noch der Probe des kalten Wassers heidnischen Ursprung vindiciren, obwohl dieselbe in der ältesten Zeit nicht gerade häufig vorkommt. Das später so weit verbreitete Bahrrecht oder Scheingehen dürfte dagegen den eigentlichen Gottesurtheilen gar nicht beizuzählen seyn; es ist weniger Beweis- als Inquisitionsmittel, und reiht sich demnach der Erforschung eines verborgenen Thäters durch Siebdrehen u. dergl. an.

[2]) Grimm, S. 933—7 hat bereits über das Vorkommen der Gottesurtheile bei den Indern, Griechen, Kelten und Slaven, bei den Arabern und Juden, bei den Tibetanern, Japanern und einzelnen afrikanischen Stämmen zahlreiche Belege zusammengestellt; neuerdings theilt Frhr. v. Harthausen, Transkaukasien, Bd. II. (1856) Auszüge aus einem Gesetzbuche des Grusinischen Czaren Wachtang vom Jahre 1723 mit, nach welchen neben Eidhelfern und dem Zweikampfe auch das glühende Eisen und siedende Wasser als Beweismittel figuriren (S. 199—200; die Bemerkungen des Verfassers über diese interessante Thatsache, S. 269—74, sind, abgesehen etwa von einigen weiteren Nachweisen über die Verbreitung der Gottesurtheile in Asien und Afrika, ohne Werth).

Gottesurtheile mehrfach mit den Orakeln verglichen. Rogge wendete dagegen ein (S. 196), daß jene nicht wie diese auf die Zukunft, sondern auf die Vergangenheit gerichtet seyen, und daß sie überdieß durch unzweifelhafte Thatsachen, nicht bloß durch geheimnißvolle Zeichen sprächen. Mit vollstem Recht macht aber Wilda geltend (S. 453), daß hier wie dort die Gottheit dem menschlichen Auge Verborgenes enthüllen solle, und daß hierin allerdings ein beiden Instituten gemeinsamer Grundzug vorliege, wenn auch die zu enthüllende Thatsache dort der Vergangenheit, hier der Zukunft angehöre; nicht minder richtig betont derselbe ferner, wie vorher schon Grimm gethan hatte (S. 909), daß zur Erholung von Orakeln und von Gottesurtheilen mehrfach geradezu dieselben Mittel dienen mußten. Bedenkt man nun, daß die Gottesurtheile immer nur in Fällen zur Anwendung kamen, in welchen bereits der schwerste Verdacht auf dem Beweisführer ruhte, daß also diesem in denselben nur noch ein letztes Mittel geboten war, von einer nach menschlicher Meinung eigentlich bereits genügenden Schuldinzicht durch ein von der Gottheit erflehtes Wunder sich zu reinigen, so kann ebensowenig auffallen, daß man sich unter solchen Umständen bei dem regelmäßig unglücklichen Ausgange der Probe beruhigte, als daß man umgekehrt den Glauben an die Möglichkeit eines Wunders zur Errettung des Unschuldigen fortwährend festhielt, in einer Zeit die überhaupt an ein stetes unmittelbares Eingreifen der Gottheit in die Geschicke des Menschen glaubte, und von Orakeln und allerlei andern religiösen oder zauberischen Gebräuchen in den gewöhnlichsten Angelegenheiten des Lebens sich Hülfe und Förderung versprach. Unstatthaft ist es jedenfalls, die Einführung der Gottesurtheile auf eitel Betrug zurückzuführen, obwohl nicht geläugnet werden kann, daß man hin und wieder geheime Mittel besaß oder zu besitzen meinte, durch deren Gebrauch man die Gefahr eines üblen Ausganges abwenden zu können glaubte; und eben so ist trotz alle dem, was Montesquieu über die harte Haut der alten Germanen zu erzählen weiß, gewiß daß diese von glühendem Eisen und siedendem Wasser eben so gut verletzt und verbrannt wurden als dieß bei uns schwächlicheren Epigonen der Fall ist. Nicht minder unstatthaft ist aber auf der andern Seite die Annahme Rogge's, daß die Gottesurtheile ursprünglich nur als ein düsteres Schreckbild im Hintergrunde

gestanden hätten, ohne jemals thatsächlich zur Anwendung gebracht zu werden; Beispiele wirklichen Gebrauchs derselben sind in hinreichender Zahl und genügend glaubwürdiger Weise überliefert, um jede derartige Ansicht von vornherein auszuschließen. — Einer Erklärung bedarf dabei allerdings der Umstand, daß eine nicht eben geringe Zahl von Fällen bezeugt ist, in welchen die Probe wirklich mit Erfolg bestanden worden seyn soll. Hier nun mochte allerdings bald der Gebrauch schützender Salben oder irgend welche andere Manipulation des Beweisführers, bald ein „frommer" Betrug des die Probe leitenden Klerus, bald eine anderweitige, bewußte oder unbewußte, Milderung der Gefährlichkeit dieser letzteren helfend ins Mittel getreten seyn, und nicht allen uns überlieferten Erzählungen darf überdieß voller geschichtlicher Glauben beigemessen werden; einer einheitlichen für alle Fälle gleichmäßig gültigen Erklärung sind derartige Vorkommnisse weder fähig noch bedürftig. Einer Erklärung bedarf ferner die weitere Thatsache, daß auch noch in späterer Zeit, als einerseits der alte Wunderglauben erheblich erschüttert, andererseits aber die Anwendung der Gottesurtheile durch das Zurückweichen des Zweikampfes sogar eine ungleich häufigere geworden war, deren Gebrauch fortwährend sich seine Geltung erhielt. Hiefür läßt sich aber in der That eine einfache und schlagende Erklärung finden; sie liegt einfach in der Beschaffenheit des älteren Beweissystems, welches jenes eventuellen Auskunftsmittels überhaupt nicht, und um so weniger entbehren konnte, je entschiedener sich der Staat veranlaßt sehen mußte das Bereich des Duelles nach Möglichkeit einzuschränken. Schon K. Liutprand zweifelte an der Verläßigkeit der Entscheidung durch die Gottesurtheile, zu welchen er freilich bereits auch den Zweikampf zählt [1]; schon Karl der Große mußte durch gesetzliche Vorschrift jeden Zweifel an deren Untrüglichkeit verbieten [2]: dennoch erhielt sich dieselbe noch auf lange hinaus im Gebrauche, und zwar genau aus demselben Grunde, welcher in jüngerer Zeit die Tortur noch fortbestehen ließ, nachdem deren principielle Verwerflichkeit längst erwiesen und zugegeben war, — weil nämlich diese wie jene eine Lücke im geltenden Processe auszufüllen hatte, welche man auf

[1]) Edict. Liutpr. c. 118.

[2]) Capit. Aquisgr. a. 809, c. 25.

anderem Wege nicht zu verstopfen wußte, und welche man im öffentlichen Interesse unmöglich offen lassen konnte.

Im Bisherigen wurde consequent von einem Institute abgesehen, welches doch bis in die neueste Zeit herunter die Literatur mehr oder minder kategorisch zu den Beweismitteln überhaupt und zu den Gottesurtheilen insbesondere zu zählen pflegt, von dem gerichtlichen Zweikampfe nämlich; es ist nunmehr am Platze über dessen Stellung im Rechtssystem die eigene Meinung darzulegen[1]).

Schon Majer hatte auf die Verschiedenheit des Zweikampfes von allen übrigen Gottesurtheilen hingewiesen; Rogge hatte nicht nur diese Unterscheidung beibehalten, sondern sogar die Behauptung aufgestellt, daß jener niemals als Ordal bezeichnet worden sey (S. 206), welche Angabe freilich von Grimm zurückgewiesen wurde (S. 929); später hat sodann Wilda sowohl als Unger und Sachße die Sonderung des Duells von den im engeren Sinne so zu nennenden Gottesurtheilen anerkannt, ohne daß doch die aus derselben sich ergebenden Consequenzen mit der nöthigen Schärfe gezogen worden wären. Wir beginnen mit der Frage, wieferne der Zweikampf überhaupt den Gottesurtheilen beigezählt werden dürfe.

Nun ist allerdings bekannt, daß der Zweikampf in der ältesten Zeit als Orakel gebraucht wurde, und nicht minder steht fest, daß in einer Reihe von Volksrechten der Ausdruck judicium Dei unbedenklich auf denselben angewendet wird[2]); zu den 5 Ordelen der

[1]) Von der besonderen Literatur über diesen Gegenstand nennen wir nur Unger, Der gerichtliche Zweikampf bei den germanischen Völkern; Göttingen, 1847 (aus den Göttinger Studien besonders abgedruckt); eine Abhandlung von Hofmann, Zweikampf und Ehrengerichte (in der Zeitschrift für deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft, Bd. IX. S. 229—57; 1845), enthält zwar manche gesunde geschichtliche Gedanken, bezieht sich indessen wesentlich nur auf die Zustände der Gegenwart. Eine fleißige Zusammenstellung altnordischen Materials gibt Arnesen, S. 136 — 67; eine einschlägige Abhandlung von Thorlacius ist mir unzugänglich geblieben.

[2]) L. Bajuv. 2, c. 1, §. 2; 17, c. 2; vgl. 16, c. 1, §. 2; Edict. Rothar. 198, Liutpr. 118 (ed. Baudi a Vesme); vgl. ferner L. Burg. 45 u. 80, § 2, u. dergl. m.

Friesen wird er gezählt, und sogar als „der große Streit" den übrigen oder doch dem Kesselfange als „dem kleinen Streite" gegenübergestellt. Dennoch darf aber bezweifelt werden, ob diese Auffassung die principiell richtige, ob sie die ursprüngliche sey. Auch auf den Eid fand der Ausdruck judicium Dei zuweilen Anwendung, indem man annahm, daß Gott den falsch geschworenen sofort strafe [1]), und doch wird niemand den Eid mit Schildener zu den Gottesurtheilen im technischen Sinne des Worts rechnen wollen. So lebte das Heidenthum allerdings auch des Glaubens, daß die Gottheit den Gang der Gefechte leite, und im Christenthume noch mag die Schlacht als ein judicium Dei bezeichnet werden [2]); dennoch aber wird niemand behaupten mögen, daß in diesem Glauben der Schwerpunkt des Heerwesens zu suchen sey. Sicherlich setzte man vielmehr beim Zweikampfe wie bei der Feldschlacht sein Vertrauen zunächst auf die eigene Kraft und Waffentüchtigkeit, und dachte nur nebenbei allenfalls auch noch daran, daß die Götter wie alles Geschick, so auch das Hauptgeschick, den Kampf, lenken [3]); unter allen den zahlreichen Beispielen von Holmgängen, welche die nordischen Sagen aus altheidnischer Zeit uns überliefert haben, zeigt nicht ein einziges einen Anklang an derartige Anschauungen! — Darf aber der Zweikampf ebensowenig als die Volksschlacht auf das Princip der Gottesurtheile zurückgeführt werden, so kann andererseits auch nicht zweifelhaft seyn, welcher Ausgangspunkt statt dessen für seine Erklärung zu wählen

---

[1]) Ducange h. v.

[2]) Annal. Mettens. a. 743.

[3]) In der altnordischen Sprache findet sich der Ausdruck orlög, welcher der Etymologie nach „Urgesetz" bedeutet, zunächst in der Bedeutung Schicksal gebraucht (vgl. z. B Völuspa, 17 u. 20; Ögisdr. 21, 25, 29; Helgakv. Hundingsb. I. 3; Sigurdharkv. I. 28; ferner Njals S. c. 101 u. 104; Landn. II. c. 28), doch mit besonderer Beziehung auf den Gang der Schlachten, und auch wohl geradezu für den Kampf selbst (Völundarkv. 1 u. 3; Egils S. Skallagrimss. c. 67, S. 487); im Dänischen hat sich das Wort nur in dieser letzteren Bedeutung erhalten. Im Angelsächsischen steht orläg, orlege für fatum, sors, mors, auch für bellum, pugna; das altsächsische orlag, orleg bedeutet fatum, bellum, und das friesische orloch Krieg; im Althochdeutschen bezeichnet urlag, urlac das fatum, aber Mittelhochdeutsch urlouc, urliuge wieder den Kampf.

sey; hier wie dort liegt derselbe gleichmäßig in der Selbsthülfe durch die eigenen Waffen. Wir bringen das Duell hiernach allerdings in Zusammenhang mit der Fehde; aber nicht in der Weise wie dieß Rogge versucht hat, welcher in demselben ein Orakel sehen will über den Ausgang, welchen die zu erhebende Fehde nehmen würde, sondern so, daß wir mit Wilda (S. 460) in demselben von Anfang an „eine geregelte Fehde“ erkennen, welcher Auffassung sich auch bereits Unger und Hofmann (S. 230) angeschlossen haben. Mit Unger (S. 6—11) gehen wir davon aus, daß das Duell und die Fehde, wenn wir vorläufig von der rechtlichen Competenz beider Arten des Kampfes absehen, dadurch sich unterscheiden, daß bei dem ersteren das Gefecht streng auf die Parteien beschränkt ist, daß dasselbe in der ein- für allemal gültigen Entscheidung des gegebenen Streites ein bestimmt begränztes Ziel hat, daß dasselbe endlich an eine fest ausgebildete loyale Form gebunden erscheint; allen diesen unterscheidenden Merkmalen liegt aber offenbar das gemeinsame Bestreben zu Grunde, die gewaltsame Selbsthülfe, wie solche in der Fehde geübt wird, hinsichtlich ihrer Dauer, ihres Umfanges, endlich auch der Art ihrer Führung enger zu begränzen, und damit dem Rechte und Landfrieden ungefährlicher zu machen. Die Umwandlung der Fehde in den Zweikampf geht somit genau von demselben Gedanken aus, welchen jener Alamannenkönig in den Worten ausspricht, die er, während beide Volksheere zur Schlacht gerüstet sich gegenüber stehen, an den feindlichen König der Vandalen richtet: quousque bellum super cunctum populum commovetur? ne pereant quaeso populi utriusque phalangae, sed procedant duo de nostris cum armis bellicis et ipsi inter se confligant; tunc ille, cujus puer vicerit, regionem sine certamine obtinebit[1]). Faßt man freilich einerseits die Fehde, andererseits das Duell als Rechtsinstitut ins Auge, so zeigt sich allerdings sofort ein sehr wesentlicher Unterschied in der Anwendung beider. Die Fehde erscheint, soweit sie überhaupt rechtlich statthaft ist, immer nur

---

[1]) Greg. Tur. hist. Franc. II. 2. In ähnlicher Weise wurde der Zweikampf bekanntlich öfter behufs der Entscheidung völkerrechtlicher Streitpunkte an die Stelle der Schlacht gesetzt; bereits im Alterthum kommt ähnliches zuweilen vor.

als ein Surrogat der, wenn auch unter Umständen anticipirten, Execution; sie setzt demnach die Entscheidung der Rechtsfrage wie der Thatfrage jederzeit als gegeben voraus, gleichviel übrigens, ob das Urtheil formell bereits ergangen oder noch ausständig ist. Der Zweikampf dagegen begreift, soweit er überhaupt Rechtsinstitut ist, jederzeit eine Entscheidung in sich, möge sich diese nun lediglich auf die Rechtsfrage oder zugleich auch auf die Thatfrage beziehen, und er bildet somit nothwendig ein Surrogat des Urtheils, zuweilen überdieß auch noch des Vorverfahrens. Auch dadurch unterscheidet sich ferner der Zweikampf von der Fehde, daß diese letztere wesentlich auf Fälle beschränkt ist, in welchen das gerichtliche Verfahren zur Aechtung des Gegners oder zu dessen Verurtheilung in eine Capitalstrafe führen würde, während der erstere in Civil- wie in Strafsachen seine Stelle finden kann. Beide Institute beruhen demnach zwar auf einem gemeinsamen Grundgedanken, aber keines derselben ist aus dem andern hervorgegangen, vielmehr jedes auf selbständigem Wege und nach einer selbständigen Richtung hin aus der beiden zu Grunde liegenden freien Selbsthülfe erwachsen.

Aus dem Bisherigen ergibt sich bereits, daß man den Zweikampf nicht nur den eigentlichen Gottesurtheilen nicht beizählen, sondern überhaupt nicht als ein Beweismittel betrachten darf; wie die völlig ungeregelte, so ersetzt vielmehr auch diese geregelte Selbsthülfe das gerichtliche Verfahren überhaupt, und nicht bloß jenen einzelnen Abschnitt desselben, welcher es mit der Bewahrheitung bestrittener Thatsachen zu thun hat. Sehr schwer ist aber zu bestimmen, in welchem Umfange das Duell in der ältesten Zeit zugelassen wurde. Der Natur der Sache nach war dasselbe freilich beschränkt auf freie und waffenfähige Männer, und auch das Erforderniß persönlicher Unbescholtenheit dürfte von Anfang an gegolten haben, während auf die Standesgenossenschaft der streitenden Theile wohl erst das spätere Mittelalter Gewicht legte. Leute, welche ihres hohen Alters oder körperlicher Gebrechen wegen nicht kämpfen konnten, Weiber, Minderjährige, Unfreie, wurden von ihrem Herrn oder Vormunde ganz eben so mit Kampf vertreten, wie dieser sie vorkommendenfalls mit seinem Eide vertrat; es ist eine Entartung der alten Sitte darin zu erkennen, wenn die spätere Zeit Weiber selber kämpfen ließ, oder wenn sie das

Ausfechten der Zweikämpfe durch gemiethete Kämpfer statt durch die Streittheile selbst gestattete, — letzteres freilich ein Mißbrauch, der schon dem langobardischen, bayerischen und friesischen Volksrechte geläufig ist. Schon früh findet sich ferner eine Reihe rein äußerlicher und eben darum in den verschiedenen Rechten durchaus verschiedener Bestimmungen, welche darauf abzielen das Duell in ganz geringfügigen Rechtssachen auszuschließen; sie haben indessen für uns, eben weil nicht principieller Natur, keinen weiteren Werth. Um so erheblicher wird dagegen die andere Frage, ob neben den bisher besprochenen die Zulässigkeit des Zweikampfs noch an weitere Voraussetzungen gebunden gewesen sey oder nicht, ob also, die Kampffähigkeit der Streittheile (beziehungsweise ihrer Vertreter) und die Kampfwürdigkeit der Streitsache als gegeben angenommen, der einen oder andern oder beiden Parteien jederzeit und in jedem Stadium des Processes die Wahl zugestanden habe ihren Zwist durch das ordentliche Verfahren oder durch den Kampf entscheiden zu lassen, oder ob nicht etwa dieser letztere nur als ein eventuelles Auskunftsmittel für solche Fälle gegolten habe, in welchen jener erstere Weg zu keinem Ziele führen konnte. Keinem Zweifel unterliegt, daß das ältere Gerichtsverfahren derartige Lücken in mehrfachen Beziehungen wirklich zeigte. Die Gültigkeit eines Urtheils setzte voraus, daß dasselbe einstimmig gefunden, oder daß doch wenigstens nicht in demselben Gerichte eine Mehrheit sich widersprechender Urtheile aufgestellt worden sey, deren jedes als das allein rechtsgültige verfochten werden wollte; wie nun, wenn das zuerst gefundene Urtheil „gescholten" wird, wenn, um mit der isländischen Rechtssprache zu reden, ein vefang eintritt? Kam dergleichen bei einem niederen Gerichte vor, so mochte man das gescholtene Urtheil allenfalls an das Obergericht ziehen; erfolgte aber die Urtheilsschelte gegen einen Spruch des obersten Gerichtes selbst, so war begreiflich ein weiteres Rechtsmittel nicht mehr möglich. Ferner: auf den Eid des Zeugen stützt sich die Kraft, welche seinem Zeugnisse beigemessen wird, und durch ihren alleinigen oder durch Eidhelfer verstärkten Eid darf die eine Partei in den meisten Fällen den Streit zur Entscheidung bringen; wie nun aber, wenn die Glaubwürdigkeit dieser Eide in Frage gestellt, wenn gegen Zeugen, Eidhelfer, Hauptschwörer der Verdacht des geschworenen oder sofort zu schwörenden Meineides er-

hoben wird? Soll jede derartige Anfechtung von vornherein ausgeschlossen, oder soll die Entscheidung über die Reinheit des einen Eides von neuerdings zu schwörenden neuen Eiden abhängig gemacht werden? Auch hier mochte man sich allenfalls zunächst durch ein Ueberbieten mit Eiden helfen, wie solches bereits in der Lex Sal. 96 vorkommt; wie aber wenn gegen den höchsten Eid derselbe Vorwurf gerichtet werden will? Daß man im einen wie im anderen Falle zum Duelle griff, sey es nun daß man die Parteien unter sich, oder daß man die eine Partei gegen die Zeugen und Eidhelfer der anderen, beziehungsweise gegen die ihr ungünstigen Urtheilsfinder, oder endlich daß man die sich widerstreitenden Zeugen oder Urtheilsfinder unter einander kämpfen ließ, kann keinem Zweifel unterliegen; so mag um bei dem Beweisstadium stehen zu bleiben, nach bayerischem Rechte die Partei den gegnerischen Zeugen nach geschworenem Eide und gethaner Aussage anfahren: mendacium jurasti contra me; sponde mihi pugnam duorum, oder den Geweren, auf welchen der Gegner bei einem Streite über Grundbesitz sich bezieht, nach übernommener Gewährschaft entgegengehalten: injuste territorium meum alteri firmasti, id est farsvirotos, [1] — nach friesischem Rechte mag der eine Theil zum anderen sprechen: ego solus jurare volo; tu, si audes, nega sacramentum meum, et armis mecum contende, [2] — nach einer Verordnung Ludwigs des Frommen soll, wenn von beiden Streittheilen sich direct widersprechende Zeugen vorgeführt werden, unter diesen der Kampf entscheiden, welcher Theil wahr und welcher falsch geschworen habe. [3] u. dgl. m. Manche Rechte lassen dabei, anders als die eben angeführten, die Herausforderung zum Kampf bereits vor dem Schwur eintreten, und diesen ausschließen; so mag der Ripuarier, gegen den ein Urkundenbeweis geführt werden will, dem Cancellarius, der die Aechtheit der von ihm ausgestellten Urkunde zu beschwören im Begriffe steht, die Hand vom Altare wegziehen und dadurch die Sache zur kämpflichen Entscheidung treiben; [4] — so ordnet der Burgunder-

[1]) L. Bajuv. 16, c. 1, §. 2, vgl. c. 2 u. 5; ferner 17, c. 2.

[2]) L. Fris. 11, §. 3.

[3]) Cap. leg. add. a. 817, c. 10 (Pertz, III. S. 211—2); ich kann in dieser Bestimmung nicht mit Rogge, S. 241, eine Neuerung sehen.

[4]) L. Ripuar. 59, §. 4.

könig Gundobald, durch das häufige Vorkommen gerichtlich geschworener Meineide bewogen, an, daß der Gegner jederzeit noch vor der wirklichen Ableistung des Eidhelfereides auf den Zweikampf provociren könne, und zwar gegen irgendeinen der ihm gegenübergestellten Eidhelfer, welcher dann in Vertretung aller zu kämpfen hat;[1]) — so mag in Norwegen Egil Skallagrimsson seinem Gegner, der mittelst eines Zwölfereides sich freizuschwören gedenkt, erklären, „daß er nicht seine Eide nehmen wolle für sein Gut," und durch die Herausforderung zum Kampfe ihm den Reinigungseid verlegen[2]), u. dgl. m. Noch um einen Schritt weiter reichen aber solche Bestimmungen, welche geradezu dem freien Ermessen der Parteien anheimgeben, ob dieselben ordentlichen Beweis führen oder zum Kampfe schreiten wollen. Das langobardische Recht stellt einmal der Willkür des Beklagten anheim, ob er durch Kampf oder Eidhelfer sich vertheidigen, ein andermal umgekehrt der Willkür des Klägers, ob er mit dem Schwure des Gegners sich begnügen, oder aber mit ihm fechten wolle;[3]) das thüringische Recht läßt den Kampf in Diebstahls- und Verwundungsfällen von einem Werthe von 2 Schillingen an zu, und in einem Falle wenigstens ist es der Kläger, welchem das Wahlrecht zusteht,[4]) u. dgl. m.. Aber selbst hierbei hat es noch nicht sein Bewenden. Von Norwegen wird uns ausdrücklich bezeugt, daß nach altem Herkommen „jedermann den andern zum Zweikampfe zu fordern berechtigt war, mochte er nun Beklagter seyn oder Kläger;"[5]) von

---

[1]) L. Burg. 45. Es ist klar, daß diese Stelle den Kampf nicht, wie man wohl gemeint hat, überhaupt neu einführt, sondern nur den Spielraum seiner Anwendbarkeit modificirt, sey es nun, daß die Neuerung in dessen Richtung gegen einen der Eidhelfer, statt gegen den Hauptschwörer selbst liege, oder in dessen Zulassung vor der Eidesleistung und anstatt derselben.

[2]) Egils S. Skallagrimss. c. 68, S. 503—4.

[3]) Jenes Ed. Rothar. 9, dieses Ed. Liutpr. 121. Wenn Ed. Rothar. 164—6 und Grim. 2. für eine Reihe von Fällen die Reinigung durch Eidhelfer allein zugelassen wird, weil es grave et impium sey den Kampf entscheiden zu lassen, so ist hierin offenbar nur eine spätere Neuerung zu erkennen.

[4]) L. Thuring. §. 2; De campo; vgl auch II. §. 5 (ed. Merkel).

[5]) Egils S. ang. O.

Island wird berichtet: „Das war aber Gesetz in jenen Zeiten, den Zweikampf anzutragen, wenn einer von dem andern übervortheilt worden zu seyn glaubte;“ [1]) von den Nordleuten in England heißt es: „aber das war Sitte in England, wenn zwei über eine Sache stritten, daß man da zum Zweikampfe gehen sollte;“ [2]) der Dänenkönig Frotho III endlich soll gar den Zweikampf als das alleinige Entscheidungsmittel in allen und jeden Rechtssachen eingeführt haben, speciosius viribus quam verbis confligendum existimans, [3]) und es läßt sich nicht verkennen, daß zwar die Zurückführung auf einen bestimmten, überdieß durchaus unhistorischen, König keinen Glauben verdient, aber doch die Existenz eines altdänischen Herkommens in jener Richtung durch diese Ueberlieferung erwiesen wird. Eine lange Reihe von Beispielen bezeugt in der That zumal für das norwegisch-isländische Recht jenen maßlos ausgedehnten Gebrauch des Duells; [4]) daß aber auch bei den deutschen Stämmen ähnliches vorkam, zeigt beispielsweise die Bestimmung des Ripuarischen Rechts, wonach dem Beklagten, wenn nach siebenmaliger vergeblicher Ladung desselben die Sache endlich bis zur Execution gediehen war, immer noch freisteht, durch die Berufung auf den Zweikampf dieser in den Weg zu treten. [5]) In Anbetracht der angeführten und anderer ähnlicher

---

[1]) Gunnlaugs S. ormst. c. 11.

[2]) Heimskr. Ol. S. Tr. c. 34.

[3]) Saxo Gramm. V. 230.

[4]) Unmittelbar nach der Klagstellung sehen wir den Kläger vom Beklagten gefordert, Njals S. c. 8, oder umgekehrt statt der Klage den Gegner von demjenigen mit Kampf angesprochen, der jene zu stellen hätte, Gunnlaugs S. ormst. c. 7 u. 11; Kormaks S. c. 8—9; nachdem die Beweisführung zufolge formeller Verstöße mißlungen ist, mag der Beweisführer noch durch eine Herausforderung sich helfen, Njals S. c. 24 u. 60; zu demselben Mittel wird gegriffen, wenn der Gegner mit Gewalt das Gericht sprengt, Egils S. c. 57, S. 350—1 u. dergl. m. Nicht zu übersehen ist auch, daß in Island das fünfte Gericht, mit dessen Einführung die Abschaffung des Zweikampfes zusammenhieng, nicht bloß in Fällen der Urtheilsschelte oder der Meineidsbeschuldigung zu richten hatte, sondern auch über jede, gewaltsame oder chicaneuse, Dingstörung; vgl. meine Beiträge zur Rechtsgeschichte des germanischen Nordens, I. S. 185—204 (1852).

[5]) L. Ripuar. 32, §. 4.

Satzungen steht nun offenbar der Construction ein zweifacher Ausweg offen. Entweder nämlich kann man annehmen, daß der Zweikampf von Anfang an nur in den Fällen statthaft war, in welchen vermöge der oben angedeuteten Mängel des Gerichtswesens eine geordnetere Entscheidung nicht zu erreichen war; an die Anfechtung des Urtheils, Zeugnisses, Parteien- oder Eidhelfereides hätte sich erst mißbräuchlich eine weitere Ausdehnung des Duells angeschlossen, die dann auch wohl hin und wieder in späteren Gesetzgebungen Anerkennung gefunden hätte. [1] Oder aber man muß davon ausgehen, daß die Rechtsordnung von Anfang an die gewaltsame Selbsthülfe zwar zu regeln und zum Rechtsinstitute des Zweikampfes umzugestalten, nicht aber den Parteien völlig zu verwehren vermocht habe; vom freien Willen eines jeden Streittheils hätte hiernach abgehangen, ob er im einzelnen Falle dem gerichtlichen Verfahren sich unterwerfen oder fechten wollte, und später erst wäre der Zweikampf von einigen Rechten in jene engeren Schranken gewiesen worden, während ihn andere nach wie vor im früherem Umfange zuließen. Wir gestehen, daß wir diese Frage, deren Beantwortung die erschöpfendste Kenntniß des für jedes einzelne Stammrecht erhaltenen Materials voraussetzt, mit voller Bestimmtheit zu entscheiden uns nicht getrauen, obwohl im Hinblick auf die überhaupt nur sehr allmählig sich vollziehende Befestigung der Rechtsordnung die letztere Alternative uns die wahrscheinlichere zu seyn dünkt.

In den Fällen also, in welchen das alte Gerichtswesen zufolge der ihm anhaftenden Mängel eine endliche Entscheidung nicht gewähren konnte, oder in welchen der eine oder andere Theil dem gerichtlichen Verfahren sich überhaupt nicht unterwerfen wollte, verwies das älteste Recht die Parteien einfach dahin, wohin sie sich zu wenden gehabt hätten, wenn es überhaupt kein Gericht und keinen Proceß gäbe, nämlich an die Selbsthülfe, indem sich dasselbe nur bemühte dieser eine förmlichere und damit minder

---

[1]) Mit dieser Auffassung stimmt im Principe Unger überein, sofern er ebenfalls darzuthun sucht (S. 20—3), daß der Zweikampf als geregelte Selbsthülfe mit gewissen Mängeln des Processes zusammenhänge; dagegen scheint seine Zurückführung dieser Mängel auf den angeblichen „Grundsatz der Gleichheit der Parteien" nicht befriedigend.

gefährliche Gestalt zu verleihen. Je nach dem Zeitpunkte, in welchem die Berufung auf den Zweikampf eintritt, kann es den Anschein gewinnen als ob derselbe in einer besonderen Beziehung zum Beweisverfahren stehe; indessen ist eine solche keineswegs allgemein, und immer nur ganz äußerlich vorhanden, und eben damit ein scharfer Unterschied zwischen dem Duell und den Gottesurtheilen, welche Beweismittel und nichts als Beweismittel sind, gesetzt.[1] Nur insoferne greift das Duell in die Handhabung der Gottesurtheile allenfalls ein, als es deren Anwendung auf eine geringere Zahl von Fällen beschränken mochte; wer nur irgend mit Kampf sich zu vertreten berechtigt war, griff gewiß lieber zu diesem Mittel als nach dem glühenden Eisen, oder in den Kessel mit siedendem Wasser, und es mag darum besonders hervorgehoben werden, daß Weiber erst dann die glühenden Pflugscharen zu betreten haben, wenn sich deren Vormund ihrer Vertretung mit Kampf weigere.[2] Aber freilich macht sich schon ziemlich frühzeitig eine Veränderung in der Behandlung des Zweikampfes, und damit auch in dessen Verhältniß zu den Gottesurtheilen geltend, und zwar scheint dabei zugleich der Einfluß der Kirche, welche jenen als ganz besonders sündhaft betrachtete, und der Einfluß des Staates eingewirkt zu haben, welcher im Interesse der Rechtsordnung demselben entgegentrat. Nicht allerwärts ist dabei der Gang der Dinge ein gleicher. In Island und Norwegen wird das Duell zu Anfang des eilften Jahrunderts durch die Gesetzgebung beseitigt, und auch in Dänemark und Schweden kommt dasselbe außer Uebung, ohne daß sich das Wann und Wie bestimmter nachweisen ließe. Aus den Gesetzen der Salfranken, der Westgothen, der Angelsachsen ist der Zweikampf spurlos verschwunden;[3]

---

[1]) Mit Recht macht Sachße (S. 167—8 darauf aufmerksam, daß die eigentlichen Gottesurtheile ursprünglich niemals, wie der Zweikampf, auf die Urtheilsschelte Anwendung finden; nur hatte derselbe nicht das Duell selbst, je nachdem es der Urtheilsschelte oder der Beweisführung dient, bald als geregelte Selbsthülfe, bald als ein wahres Gottesurtheil auffassen sollen. Der Kampf ist immer nur eine Form der Selbsthülfe, gleichviel in welchem Stadium des gerichtlichen Verfahrens er in dieses hemmend eingreift.

[2]) Z. B. L. Thuring. De veneficiis.

[3]) Sachße, der im übrigen selber anerkennt, daß das Duell dem

in den Gesetzen der Langobarden und anderer Stämme erscheint dessen Geltung wenigstens auf einen engeren Umkreis beschränkt, und zum Theil hängt mit diesem Zurückweichen des Duells ein ausgedehnterer Gebrauch der Gottesurtheile zusammen,[1]) obwohl die Kirche wenigstens auch diesen gegenüber keineswegs ein gleichförmiges und unbedingt freundliches Verhalten beobachtete.[2]) Mit Recht hat ferner Hofmann bemerkt (S. 231), daß auch darin der Einfluß der Kirche sich verspüren lasse, daß der Zweikampf selbst immer entschiedener den Gottesurtheilen beigezählt werde; als solches gewinnt derselbe, aber freilich nicht bloß in der Anwendung auf die Beweisführung, sondern zugleich auch in der Richtung auf die Urtheilsschelte, seiner Zeit selbst da wieder weiteren Spielraum, wo er vorübergehend völlig abgekommen oder doch sehr tiefgreifenden Beschränkungen unterstellt worden war: so

---

angelsächsischen Recht fremd sey, will dasselbe doch in Alfr. 22 zugelassen finden (S. 190). Seine Auslegung dieser Stelle gibt indessen nur einen weiteren Beleg für die seltene Leichtfertigkeit, mit welcher dieser Verfasser die Quellen behandelt. Die Worte: gestaele on ryhtran hand, gif he maege, bedeuten nicht: „so ziehe er an seine rechte Hand wenn er es vermag", sondern: „so ziehe er die Sache an eine richtigere Hand," wie dieß die alte lateinische Uebersetzung sowohl als die deutsche von Schmid und die englische von Thorpe richtig festhält. Der Fall ist nämlich der. Ein Damnificat hat öffentlich dem Beamten eine Denunciation gemacht, und will später von dieser wieder zurücktreten. Dieß soll ihm nun nur unter der Bedingung gestattet seyn, daß er statt des zuerst Verdächtigten nunmehr einen Andern als den wahren Schuldigen nennt; kann er dieß nicht, so soll er nicht nur den Sachwerth einbüßen um den es sich handelt, sondern auch das Strafgeld zahlen, das eigentlich der Thäter zu erlegen hätte. Der Zug an die richtigere Hand hat Hrn. Sachße, der sich die Worte nur obenhin ansah, an den Zug an die rechte Hand im Sachsenspiegel erinnert, und sofort war seine Theorie fertig!

[1]) Vgl. oben S. 215—6, Anm 2.

[2]) Während z. B. Erzbischof Agobard von Lyon († 840) dieselben sammt und sonders als unstatthaft bekämpfte, trat dessen Zeitgenosse, Erzbischof Hinkmar von Rheims († 892) als deren eifriger Vertheidiger auf; während die Päpste denselben im ganzen wenig günstig sich zeigen, ordnen umgekehrt deutsche Bischöfe und Provincialsynoden sie geradezu an, zum Theil in der ausgesprochenen Absicht, dadurch dem Mißbrauche des Eides entgegenzutreten.

bei den Salfranken [1]), den Westgothen [2]), den Langobarden [3]). Im Zusammenhange mit der Ausbildung der Ritterschaft zu einem besonderen Kriegerstande verdrängt das Duell vollends an manchen Orten nahezu alle andern Beweismittel, und es läßt sich dieses neuerliche Ueberhandnehmen des Zweikampfes im Processe geradezu mit dem neuen Aufschwunge parallelisiren, welchen um dieselbe Zeit auch das Fehdewesen wiederum nimmt. Aber allerdings ist das Duell in dieser seiner neueren Gestaltung etwas wesentlich anderes geworden als was dasselbe in den ältesten Zeiten gewesen war, ganz wie das Fehderecht des späteren Mittelalters auf einem wesentlichen anderen Grundgedanken ruht als das altgermanische [4]); die spätere Bedeutung des Institutes kann zwar nur im Zusammenhalte mit dessen früherer ganz anderer Geltung richtig verstanden werden, nur mit der äußersten Vorsicht dürfen aber aus den Zuständen und Satzungen der späteren Zeit Rückschlüsse auf das Recht der älteren gezogen werden.

Das so eben Bemerkte führt uns von selbst zu unserer Schlußbetrachtung hinüber. Mit dem Bisherigen ist nämlich erschöpft, was wir über die Beweismittel des ältesten Rechts zu sagen haben; es läßt sich nun aber nicht verkennen, und ist auch bereits wiederholt angedeutet worden, daß sich schon ziemlich frühzeitig mannichfache Veränderungen in deren Beschaffenheit und Gebrauchsweise ergeben haben, in Folge deren gar manche der oben ausgesprochenen Behauptungen auf dieses oder jenes Stammrecht nicht

---

[1]) Die Capit. leg. add. a. 817 (Pertz, III. 212) z. B. zeigen in ihrem c. 10 das Duell bei den Saliern wieder in Gebrauch; u. dergl. m.

[2]) Im Jahre 820 hat Graf Bera von Barcelona, von Sanila des Hochverraths geziehen, sich zum Zweikampfe zu stellen, und es wird ausdrücklich bemerkt, daß dieser secundum legem propriam, utpote quia uterque Gothus erat, zu Pferd ausgefochten worden sey; Anon. Vita Hludow. c. 33; Einhardi, Annal. a. 820 (Pertz, II. 625 und I. 206). Für das ältere gothische Recht ist zu beachten, daß bereits der Ostgothenkönig Theodorich auf die Beseitigung der monomachia zu bringen hatte, Cassiod. Var. III. 24.

[3]) Capit. Langob. a. 779. c. 11. (Pertz, III. 38); Ottonis I u. II Edict. (Pertz, IV. 32—3).

[4]) Vgl. v. Wächter, Beiträge zur deutschen Geschichte, insbesondere zur Geschichte des deutschen Strafrechts, S. 41—58, u. 247—56 (1845).

oder doch nicht mehr vollständig passen will. Ueber diese Veränderungen hätten wir uns nun hier noch des Näheren zu äußern. Nun ist aber klar, daß diese innerhalb der verschiedenen Stammrechte auf wesentlich selbständigem Wege eintreten, und somit auch zu wesentlich individuell gestalteten Ergebnissen führen mußten; um in Bezug auf sie mit einiger Sicherheit ins Klare zu kommen, wäre somit eine durchaus gesonderte Betrachtung der Entwicklung jedes einzelnen Rechtsgebietes erforderlich. In dieser Richtung ist indessen bisher leider nur sehr wenig gethan worden, und insbesondere hat Sachße diesen allein richtigen Weg bei seinen Untersuchungen nicht eingeschlagen. Hier kann natürlich diesem Mangel in keiner Weise abgeholfen, sondern nur versucht werden anzudeuten, in welchen Richtungen etwa hauptsächlich jene Umgestaltung vor sich gegangen sey.

Vor allem ist dabei hervorzuheben, wie sich der Zeugenbeweis allmählich von seiner alten Grundlage, der Offenkundigkeit, losmacht. Beim erwählten Zeugnisse läßt man bereits sehr früh das Erforderniß der Beiziehung einer größeren Gesellschaft von Leuten, unter welchen doch nur einzelne eigens als Zeugen aufgerufen werden, fallen, und es ist nur eine reine Ausnahme, wenn die schwedischen und die ostdänischen Rechte in der Verwendung von Eidhelfern neben den Zeugen wenigstens für bestimmte Fälle den Grundgedanken des älteren Rechts noch wahren [1]); im

---

[1]) Man hat wohl gemeint, diese Verbindung der Eidhülfe mit dem Zeugenbeweise beruhe darauf, daß der objective Charakter dieses letzteren einer Ergänzung durch ein subjectives Beweismittel bedurft habe (Köstlin, Der Wendepunkt des deutschen Strafverfahrens, S. 211, wo indessen die Bestimmungen der nordischen Rechte zum Theil unrichtig wiedergegeben sind; ähnlich Sachße, S. 92—3). Mit Unrecht, denn dann hätte dieselbe Ergänzung auch beim Dingzeugnisse eintreten müssen; daß dieß nicht der Fall ist, zeigt, daß es sich um eine Verstärkung der Glaubhaftigkeit, nicht um die Ausfüllung einer Lücke hinsichtlich des Umfanges der Beweisführung handelt, und eben darauf weist nicht minder bestimmt auch die Formel des Eidhelfereides hin, als welche die subjective Wahrheit der Zeugenaussage, nicht des Parteieneides, zum Gegenstande hat. In den Eidhelfern, welche den erwählten Zeugen folgen, möchte vielmehr ein Aequivalent jener weiteren Versammlung stecken, welche beim erwählten Zeugniß ursprünglich nöthig gewesen war. Hiefür läßt sich anführen, daß auch in Island nur ein Zeuge das Zeugniß ablegt,

übrigen mag zwar noch eine Zeit lang der Gebrauch fortbestehen, die jetzt allein geforderten Zeugen in größerer Zahl beizuziehen, oder auch, wie nach den älteren schwedischen Gesetzen, die Zahl der erforderlichen Zeugen je nach der Verschiedenheit der Sachen verschieden abgestuft seyn, der Standpunkt des ältesten Rechtes ist aber trotz dem bereits völlig ebensogut aufgegeben wie in denjenigen Rechten, welche die Beiziehung von nur zwei Zeugen für die Solennität wie für den Beweis genügen lassen [1]). In Folge dieser Veränderungen ergibt sich aber zunächst eine radicale Scheidung des Dingzeugnisses von allen anderen Arten des erwählten Zeugnisses, welche dem ältesten Rechte nicht in derselben Weise bekannt gewesen zu seyn scheint; diese letzteren müssen nämlich, seitdem ihnen die frühere Gewähr der vollen Offenkundigkeit nicht mehr zur Seite steht, einen Theil ihres früheren Ansehens einbüßen, während jenes erstere, welchem diese der Natur der Sache nach verbleibt, seine alte Kraft als eine nunmehr ausnahmsweise gesteigerte sich bewahrt [2]). Mit dieser Abschwächung der Beweiskraft des ge-

---

während die übrigen nur ihre Zustimmung zu diesem erklären, Grag. þ. þ. c. 13; daß ferner in Norwegen beim odhalsvitni eine ähnliche Verstärkung der Hauptzeugen durch Nebenzeugen vorkommt, und für die Aussage dieser letzteren sogar die für die Eideshülfe charakteristische Bezeichnung at savna gebraucht wird, Gulaþ. L. §. 266; daß endlich auf diese Weise das Wegfallen der Eideshülfe beim Dingzeugnisse sich gut erklärt, indem ja bei diesem die Gesammtheit der Dingleute die Stelle jener Eidhelfer ersetzt.

[1]) Man pflegt die Zweizahl der Zeugen auf das canonische Recht zurückzuführen; sie mag indessen ebensowohl schon altgermanisch seyn, wie sie denn bereits dem ältesten isländischen und norwegischen Rechte bekannt ist; Grag. Lands L. B c. 2; Gulaþ. L. §. 59; Lands L. þingf. B. c. 5; Jons B. þingf. B. c. 4; vgl. auch Frostuþ. L. I. §. 2. Die größere Zahl von Zeugen, welche manche Rechte fordern, kann aus einer Vermischung der Zeugen mit denjenigen Personen hervorgegangen seyn, welche anfänglich neben jenen noch beizuziehen gewesen waren.

[2]) Daß allem erwählten Zeugnisse ursprünglich dieselbe absolute Beweiskraft zukam wie dem Dingzeugnisse, darauf deutet z. B. das alterthümliche Verfahren mit krafa im norwegischen Rechte, Gulaþ. L. §. 34—6 das Verfahren in Odalssachen, Gulaþ. L. §. 266; Frostuþ. L. XII. §. 7—8; die Regel, daß der Reinigungseid erst dann zulässig werde, wenn der Zeugenbeweis als verjährt ausgeschlossen ist, Gulaþ. L. §. 39; Frostuþ. L. X. §. 28. Es hielte nicht schwer aus

meinen Zeugnisses hängt sodann wieder eine Umgestaltung hinsichtlich seiner Voraussetzungen zusammen; eben weil seine Verbindung mit der Offenkundigkeit ohnehin gelöst und sein Ansehen ohnehin nicht mehr so groß ist, findet man nämlich auch nicht mehr nöthig dasselbe an seine alten streng abgegränzten Vorbedingungen zu binden; von zufällig erlangtem Wissen her läßt man jetzt unbedenklich die Zeugen aussagen, und verzichtet somit auf das alte Erforderniß ihrer rechtsförmlichen Beiziehung, — die politischen Bedingungen der Fähigkeit zum Zeugnisse läßt man fallen, und prüft dafür etwa die moralischen Eigenschaften und die persönliche Glaubwürdigkeit des Zeugen u. dergl. m. Der Natur der Sache nach konnte von diesen Veränderungen in der Behandlung des erwählten Zeugnisses auch das Erfahrungszeugniß nicht unberührt bleiben; dasselbe mußte vielmehr entweder, wozu seine von Anfang an freiere Gestaltung ohnehin einen Anhaltspunkt bot, denselben Weg mit jenem gehen und somit ebenfalls in seinen Voraussetzungen erleichtert, in seiner Kraft gemindert werden, oder es mußte durch weitere Ausbildung der bereits in seiner ältesten Gestalt begründeten Eigenthümlichkeiten den Charakter eines völlig selbständigen Institutes annehmen. — Sehen wir von dieser letzteren Alternative ab, welche wenigstens für unser specifisch deutsches Recht keine Bedeutung hat, so läßt sich nicht verkennen, worin der wesentliche Kern aller dieser Neuerungen zu suchen sey; er liegt einfach darin, daß, mit alleiniger Ausnahme des Dingzeugnisses, der öffentliche Charakter des Zeugenbeweises aufgegeben, und somit der Uebergang vom öffentlichen zum Privatzeugnisse begonnen wird. Unserer modernen Anschauungsweise, welche, von aller Notorietät sowohl als von allem Zusammenhange mit irgend welchen politischen oder socialen Verbindungen völlig absehend, die Anwendung des Zeugenbeweises lediglich auf die überzeugende Kraft stützt, welche der eidlichen Aussage unbescholtener und unbetheiligter Personen über Selbstgesehenes und Gehörtes naturgemäß innewohnt, wird das Zeugniß des älteren Rechts durch dieses Aufgeben seiner öffentlichen Bedeutung hinsichtlich seiner

---

anderen Rechten ähnliche Nachweise beizubringen; directe Aussprüche über die Kraft des Zeugenbeweises finden sich freilich der Natur der Sache nach nur selten.

Kraft sowohl als seiner Voraussetzungen wesentlich näher gebracht; aber freilich ist demselben darum noch keineswegs sofort ganz dieselbe Stellung eingeräumt, welche der Zeugenbeweis in dem Rechte unserer Gegenwart einnimmt. Zunächst hat vielmehr das Zeugniß nur aufgehört das zu seyn, was es bisher gewesen war, ohne doch noch eine fest begränzte neue Gestalt angenommen zu haben; man hat aufgehört in der Zeugenaussage eine öffentliche Function zu sehen, ist sich aber des Grundgedankens, auf welchem das Privatzeugniß ruht, noch keineswegs völlig bewußt; — man hat die absolute Beweiskraft des Zeugnisses fallen gelassen, ist sich aber noch keineswegs darüber im Klaren, welcher geringere Grad des Ansehens demselben denn nun zukommen solle. Die Kirche freilich, dem Parteien- und Eidhelfereide grundsätzlich feind, und mit dem Privatzeugnisse durch die Schrift und das römische Recht längst befreundet, zeigt sich dessen ausgedehnterer Anwendung durchgehends günstig; von einer consequenten Durchführung des modernen Principes in irgend einem Rechte ist indessen trotzdem auf lange hinaus noch nicht die Rede, vielmehr zeigt sich umgekehrt ziemlich allgemein zunächst ein Einschwinden anstatt eines Wachsthums des Zeugenbeweises, und noch viel weniger ist der Natur der Sache nach an eine gleichmäßige Ausprägung desselben in den verschiedenen Stammrechten zu denken. Nicht in allen Rechten erreicht die Befreiung des Zeugenbeweises von seiner früheren Gebundenheit, erreicht die Schmälerung des ihm zugestandenen Ansehens den gleichen Grad; ja sogar innerhalb eines und desselben Stammrechtes mögen einzelne Zweige des Processes (z. B. das Strafverfahren in Capitalsachen, das bürgerliche Verfahren in Streitigkeiten über Liegenschaften) zäher als andere an dem älteren Beweisrechte festhalten, oder selbst ganz vereinzelte Ueberreste des älteren Systems stehen bleiben, nachdem dieses doch im Großen und Ganzen bereits aufgegeben ist. Nicht überall sind ferner die nächsten Folgen jener Veränderungen die gleichen, und namentlich wirkt auf deren verschiedene Gestaltung die Verschiedenheit der Behandlung ein, welche das einzelne Recht dem Parteieneide und der Eideshülfe angedeihen läßt. Nicht überall hält die Verminderung der Kraft des Zeugenbeweises mit der Erleichterung seiner Voraussetzungen und der hiedurch ermöglichten Erweiterung seiner Anwendung in gleicher Weise Schritt u. dergl. m. Einige Beispiele mögen für

diese Verschiedenheit der Wege, auf welchen die Umgestaltung des Zeugenbeweises in den verschiedenen Rechten vor sich geht, als Belege dienen. — Während süddeutsche Rechte schon früh die volle Beweiskraft aller Zeugenaussagen hervorheben, und ausdrücklich einschärfen, daß ein Reinigungseid erst dann zuläßig werde wenn durch Zeugen ein Beweis nicht erbracht werden könne [1]), stellt der Sachsenspiegel umgekehrt die bekannte Regel auf: svat so de man vor gerichte nicht ne dut, svo wetenlik it si, dat he des mit siner unscult untgeit, unde man's in nicht vertügen ne mach (Landr. I. 18, §. 2), — eine Regel, welche freilich mancherlei Ausnahmen erleidet, indem für eine Reihe von Fällen eine eigenthümliche aus Zeugniß und Eideshülfe gemischte Beweisführung zugelassen wird [2]). In Dänemark läßt noch das Dienstmannenrecht K. Knuts des Großen († 1035) den Zeugenbeweis des Klägers und erst eventuell den Reinigungseid des Beklagten zu, dagegen erfahren wir, daß K. Harald Hein (1076 bis 1080) diesen letzteren zum primären Beweismittel gemacht habe [3]); die dänischen Provincialrechte lassen dem entsprechend, vom Dingzeugnisse abgesehen, den Beklagten mit Ausschluß jedes Zeugenbeweises ohne weiters zur Reinigung durch den Eid zu, und gestatten diesen Unschuldseid auch wohl sogar gegenüber einem vom Kläger bereits durchgeführten Zeugenbeweise. Dieser letztere hat demnach jetzt nur noch die Wirkung, den Gegner zur Wahl eines stärkeren Beweismittels, also in geringeren Sachen zur Reinigung mit Eidhelfern, in schwereren zum Tragen des glühenden Eisens zu treiben [4]); daneben aber werden ausnahmsweise für geringere Fälle (z. B. zum Beweise der ächten Noth) auch wohl noch Zeugen als vollbeweisend angenommen; in gewissen Sachen (zumal Eigenthumsstreitigkeiten) tritt die oben erwähnte Combination von Eidhelfern und Zeugen ein, endlich für andere hat sich das Institut der Geschworenen als ein eigenthümliches und mannichfach ausge-

---

[1]) L. Alam. Hloth. 42. §. 1—2; vgl. L. Bajuv. VIII. c. 16, §. 3.

[2]) Z. B. hinsichtlich des Beweises einer Zahlung, Sühne, Urfehde; bei Besitzesfragen; in Fällen der handhaften That, u. dergl. m.

[3]) Saxo Gramm. XI, 571—2.

[4]) Vgl. Kolderup Rosenvinge, Diss. I. S. 64—96, u. Retshist. II. S. 151—5.

prägtes ausgebildet. In ähnlicher Weise fordert bereits die ältere Coutume der Normandie die Verstärkung der Klage mittelst eines Augen- und Ohrenzeugen, räumt aber diesem gegenüber dem Beklagten dennoch die Vertheidigung nicht nur durch den Kampf, sondern auch durch Eideshülfe ein [1]); daneben bleibt indessen nicht nur dem Record des Gerichts seine absolute Beweiskraft gesichert, sondern es hat sich auch das Gemeindezeugniß in eigenthümlicher Gestaltung erhalten, und für einzelne Fälle wird überdieß das Privatzeugniß zugelassen, ohne daß gegen dasselbe ein Unschuldseid verstattet wäre [2]) u. dergl. m. Man sieht, in den sämmtlichen angeführten Rechten gilt das Dingzeugniß nach wie vor als unumstößliches Beweismittel, hat ferner das gemeine Zeugniß seine frühere gleiche Kraft eingebüßt und andererseits von dem Erfordernisse rechtsförmlicher Beiziehung sich frei gemacht; aber während der Sachsenspiegel das so entfesselte Privatzeugniß nur für wenige Ausnahmsfälle gelten läßt und selbst in diesen mit der Eideshülfe vermischt, behält das dänische sowohl als das Recht der Normandie dasselbe in viel weiterem Umfange bei, aber freilich der Regel nach nur in der Bedeutung einer vorläufigen Bescheinigung, welche vom Gegner ohne Anstand, und zwar unter Umständen sogar durch einen bloßen Eidhelferbeweis, widerlegt werden kann; — hat ferner das Gemeindezeugniß und das mit ihm zusammenhängende Geschworneninstitut in den beiden letzteren Rechten eine neue und völlig selbständige Bedeutung gewonnen.

Eine weitere Aenderung betrifft sodann den Parteieneid und die Eideshülfe. Einerseits nämlich wird vom kirchlichen Standpunkte aus, obwohl die Kirche sich derselben selbst bedient, der maßlosen Vervielfältigung der Eide und zumal der Eidhelfereide entgegengewirkt, welche letzteren wegen der Leichtfertigkeit, mit welcher Credulitätseide überhaupt geschworen zu werden pflegen, mit vollem Recht für den Gewissen ganz besonders gefährlich gelten; der Zeugenbeweis nicht nur, sondern unter Umständen sogar der Zweikampf und die Gottesurtheile erhalten von hier aus

---

[1]) Marnier, S. 29; vg. S. 15, 46, 74 u. dergl. m.

[2]) So über die Bestellung von dos und maritagium, S. 2; über letztwillige Vergabungen, S. 40; über ehehafte Noth, S. 30—1, u. dergl. m.

mehrfach eine ausgedehntere Anwendung [1]). Sodann aber wird auch wohl das weltliche Recht gegen den Gebrauch der Eidhelfer bedenklich, und in der That läßt sich nicht verkennen, daß dieser seiner innersten Natur nach nur in ganz einfachen und engen Verhältnissen, da der Nachbar den Nachbar auf das genaueste kennt und das Leben eines jeden ein unbeschränkt durchsichtiges ist, eine einigermaßen sichere Gewähr in sich tragen konnte; daß er also seinen Credit und damit seine Anwendbarkeit verlieren mußte, so wie diese seine Voraussetzungen zu schwinden begannen, oder doch nur vermöge tief einschneidender Umgestaltungen einen längeren Bestand sich zu fristen vermochte. Manche Rechte freilich halten an der Eideshülfe in ihrer älteren Gestalt noch auf lange hinaus fest, und dehnen sogar im Zusammenhange mit dem Verfalle des Zeugenbeweises deren Spielraum noch weiter aus; in Dänemark z. B. verlieren sich die letzten Spuren derselben erst im Anfange des 17. Jahrhunderts, und auch in Deutschland kennt nicht nur der im 16. Jahrhundert zusammengetragene rügianische Landbrauch noch den Gebrauch der Eidhelfer, sondern auch das Beweisverfahren der Vehmgerichte ist wesentlich auf ihn gestützt. Andere Rechte lassen dagegen, um nur die Eideshülfe zu beseitigen, schon früh den alleinigen Parteieneid in erweitertem Umfange zu, oder sie suchen auch wohl jene in einer Weise umzubilden, welche derselben größere Glaubwürdigkeit zu sichern verspricht. Zunächst wird dabei die Verwendung von Verwandten und Befreundeten des Hauptschwörers mit argwöhnischem Auge betrachtet, und in immer umfassenderem Maße nach Garantien für die Unparteilichkeit der Eidhelfer gesucht; sodann ist man aber auch geneigt, auf deren eigene Wissenschaft um die objective Wahrheit der im Streite begriffenen Thatsachen ein entscheidendes Gewicht zu legen, während diese vordem nur ganz beiläufig mit in Betracht gezogen worden war. Durch beides bringt man begreiflich den Eidhelfer dem Zeugen näher, und diese Annäherung beider

---

[1]) So will z. B. Burkhard von Worms in seinen Leges et statuta familiae B. Petri in seinen Gerichten die Zeugen nur noch unbeeidigt aussagen, im übrigen aber nur noch ausnahmsweise den alleinigen oder den mit Eidhelfern verstärkten Eid, um so öfter dagegen Kampf oder Gottesurtheil entscheiden lassen.

in ihrem Ursprunge wesentlich verschiedenen Institute mag um so leichter und vollständiger vor sich gehen, je mehr der Zeugenbeweis auch seinerseits in seinen Voraussetzungen erleichtert und in seiner Kraft geschwächt ist. Sowohl für jene Beschränkung als für diese Umgestaltung der Eideshülfe mag wieder der Sachsenspiegel als Beleg dienen. Er läßt zunächst den Reinigungseid von der Partei immer nur mit ihrer alleinigen Hand schwören, und gibt somit den Hauptfall der Anwendung der Eideshülfe im älteren Rechte völlig auf; er begreift andererseits unter der Bezeichnung „Gezeugen" sowohl wirkliche Zeugen als Eidhelfer, ohne sich des Unterschiedes zwischen beiden noch irgend bewußt zu seyn, und läßt nur das Gerichtszeugniß, möge es sich nun bei demselben um eine gegenwärtige leibliche Beweisung oder um die Bezeugung von Thatsachen handeln welche früher sich vor dem Gerichte ereignet hatten, in seiner alten Geltung fortbestehen [1]). Dagegen kennt die ältere sowohl als die jüngere Coutume der Normandie neben dem Dingzeugnisse, jener eigenthümlichen Umgestaltung des Gemeindezeugnisses, endlich dem bereits besprochenen Privatzeugnisse auch noch den mit Eidhelfern geschwornen Reinigungseid, wenn auch nicht mehr in seiner vollen früheren Ausdehnung; in der jüngeren Coutume wird aber überdieß auch noch einer positiven Beweisführung gedacht, welche als loy prouvable von der desrene unterschieden wird, und offenbar ähnlich wie im Sachsenspiegel aus einer Vermischung der Eideshülfe mit dem Zeugenbeweise hervorgegangen ist [2]) u. dergl. m. Auch hier ergibt sich also von einer einfachen Wurzel, der Discreditirung der Eidhülfe, ausgehend eine zwiefache Wendung, einmal nämlich eine Ausdehnung des mit alleiniger Hand geschworenen Parteieneides,

---

[1]) So schwören z. B. in Strafsachen die Gezeugen erst nach der Partei, und zwar daß deren Eid reine unde unmeine sey; dagegen sagen sie in Civilsachen erst ihrerseits aus, und dann erst wird noch der Partei ihrerseits der Eid abgenommen, Landr. III. 88. §. 3. Auf das eigene Sehen und Hören der Gezeugen wird Gewicht gelegt, und daneben doch wieder wie bei der Eideshülfe von einem Erbringen des Beweises selbdritt, selbsiebent, ja einmal gar mit 72 Männern gesprochen, u. dergl. m.

[2]) Vgl. z. B. Grand Const. c. 122 (Richeb. S. 53—4; Leg. Norm. II. c. 62 (Ludew. S. 399—403).

sodann aber eine Umbildung der Eideshülfe, welche diese, nicht ohne Einfluß der gleichzeitig erfolgenden Umgestaltung des Zeugenbeweises, diesem letzteren näher bringt; dabei mag diese letztere Aenderung neben jener ersteren hergehen, oder für sich allein eintreten, und im einen wie im anderen Falle wieder in den verschiedensten Modificationen sich geltend machen, und es kann überdieß vorkommen, daß einzelne Rechte sowohl von der einen als von der anderen Neuerung sich vollkommen frei halten.

Schon aus den bisherigen Andeutungen dürfte ersichtlich seyn, welche Mannichfaltigkeit von Gestaltungen die Umbildung einerseits des Zeugenbeweises, andererseits des Parteien- und Eidhelfereides zu Tage fördert, wie unendlich schwierig es somit ist ein die sämmtlichen germanischen Rechte umfassendes Gesammtbild der Geschichte beider zu entwerfen, und wie absolut vergeblich jeder Versuch bleiben muß, das mittelalterliche Beweissystem ohne die sorgfältigste Scheidung der verschiedenen Zeiten und Orte zu schildern. Eine neue und nicht die geringste Schwierigkeit entsteht aber dadurch, daß selbst mit den bisher skizzirten Veränderungen der Entwicklungsgang noch keineswegs vollendet ist, welchen der Zeugenbeweis, dann der alleinige und verstärkte Parteieneid zu durchlaufen hat; daß vielmehr beide im späteren Mittelalter noch in eine weitere Phase der Fortbildung treten, deren Verlauf freilich in Deutschland durch die Reception des römischen Rechts unterbrochen wird, deren Ziel und Richtung aber darum in den Quellen nicht minder klar erkennbar vorliegt. Es handelt sich aber bei diesem weiteren Umbildungsprocesse einfach um die consequentere Durchführung des dem Privatzeugnisse zu Grunde liegenden Princips, und um die von hier aus sich ergebende Reduction des Parteieneides, möge dieser nun mit alleiniger Hand geschworen oder durch den Schwur von Eidhelfern verstärkt seyn. Durch das Aufgeben seines Zusammenhanges mit der Notorietät, durch das Fallenlassen seines öffentlichen Charakters hinsichtlich seiner Kraft wie seiner Voraussetzungen war nämlich der Zeugenbeweis, wie bereits bemerkt, zwar in die Möglichkeit versetzt worden, diejenige Rolle im Beweissystem zu übernehmen, welche derselbe im Rechte unserer Gegenwart in der That spielt; man hatte indessen zunächst noch keineswegs gelernt oder gewagt ihm diese auch wirklich anzuvertrauen, vielmehr hatte derselbe umgekehrt in demselben Mo-

mente an Terrain verloren, in welchem er durch das Aufgeben seiner früheren Position sich befähigt hatte, solches in weiterem Umfange als bisher einzunehmen. Dieses vorläufige Zurückweichen der Anwendung des Zeugenbeweises neben dessen gleichzeitiger Umgestaltung im Interesse eines weit umfassenderen Gebrauchs ist es nun, was durch jenen weiteren Entwicklungsproceß beseitigt werden soll, und zwar ergreift dieser eben so gut diejenigen Rechte welche die Eideshülfe und den Zeugenbeweis zu einem Mischinstitute verschmolzen, als diejenigen welche sich beide Beweismittel in ihrer alten Sonderung bewahrt hatten; beide Classen von Rechten gelangen demnach in Folge desselben wesentlich zu demselben Ziele, nur daß der dahin führende Weg bei diesen und jenen ein etwas verschiedener ist, sofern es sich hier um eine Steigerung der Kraft des Zeugenbeweises und eine Ausdehnung seines Gebrauches, dort um eine Ausdehnung des Gebrauches des einmal vorliegenden gemischten Institutes und zugleich um eine consequente Umbildung desselben zu einem reinen Zeugnisse handelt. Wir haben gesehen, wie das dänische Recht, von seinem Geschworneninstitute und wenigen Ausnahmsfällen abgesehen, den Zeugenbeweis auf die Bedeutung einer bloßen Bescheinigung beschränkt, welche durch kräftigere Beweismittel und darunter selbst durch den Unschuldseid mit Eidhelfern widerlegt werden mag. Seit der zweiten Hälfte des 13. Jahrhunderts kommt aber dem gegenüber, und zwar am frühesten in den Stadtrechten, wieder die umgekehrte Regel auf, daß ein klägerischer Zeugenbeweis den Reinigungseid des Beklagten ausschließe, und im Zusammenhange damit wird dieser letztere nur noch eventuell, nämlich für den Fall daß der Zeugenbeweis dem Kläger mißlingt, zum Eide gelassen, dann aber freilich zum alleinigen Eide mit Ausschluß aller Eideshülfe; noch später verlangt man selbst den alleinigen Eid des Beklagten nur noch unter der Voraussetzung, daß ein dringender Verdacht gegen ihn vorliege: die Eideshülfe kommt hier außer Gebrauch, ohne jemals rechtsförmlich abgeschafft worden zu seyn [1]). Von einem anderen Ausgangspunkte aus ergibt sich aber eine ganz ähnliche Wendung auch in den deutschen und insbesondere sächsischen Rechten. Immer

---

[1]) Vgl. Kolderup=Rosenvinge, Diss. I. S. 142—62, u. II. S. 206 bis 210.

bestimmter bilden sich die „Gezeugen“ aus einem Mitteldinge zwischen Zeugen und Eidhelfern zu Zeugen im vollsten Sinne des Wortes aus; die Form ihrer Aussage ändert in dieser Richtung ihre Gestalt, nur noch auf Grund eigener Wissenschaft wird eine solche überhaupt angenommen, die persönlichen Voraussetzungen auf Seite derer welche zur Aussage zugelassen werden sollen, gestalten sich in diesem Sinne um. Zugleich dehnt sich der Gebrauch der Zeugen auf Kosten des früher in so maßlosem Umfange zugelassenen Parteieneides aus. Im Strafprocesse knüpft sich die erweiterte Anwendung des Zeugnisses an den Fall der handhaften That an, indem man auf die sofortige Einbringung des Angeschuldigten verzichtet und somit das strengere Verfahren auch bei übernächtigen Thaten zuläßt, die leibliche Beweisung aber auf den objectiven Thatbestand beschränkt oder auch völlig aufgibt; im Civilverfahren wird der Zeugenbeweis zunächst für Sachen geringeren Werths oder bestimmter Art zugelassen (z. B. bei Forderungen nach todter Hand, bei Heimsteuer und Morgengabe, beim Leitkaufe u. dergl. m.), oder auch vom Dingzeugnisse aus ein Weg zum Privatzeugnisse herüber eröffnet, indem man Boten des Gerichts oder Rathes, die einzelnen Schöffen oder Rathmannen als solche, oder auch ständig ernannte Personen als Zeugen an die Stelle der Versammlung treten läßt. Im einen wie im anderen Falle werden die anfänglich gezogenen Schranken bald fallen gelassen, und bahnt sich allmählich der Grundsatz an, daß das auf eigene Wissenschaft gestützte Zeugniß unparteiischer und unbescholtener Leute ganz allgemein zuläßig sey und den Eid des Gegners ausschließe. — Es begreift sich leicht, wie sehr diese weiteren Veränderungen in der Behandlung beider Beweismittel die Evidentstellung ihrer Geschichte erschweren müssen. Da nämlich von Anfang an die Fortbildung des germanischen Beweisrechtes in sehr allmählicher und ungleichförmiger Weise vor sich gieng, und aus jeder früheren Periode desselben mehr oder minder umfassende Trümmer je in die nächstfolgende herübergenommen wurden, da andererseits das letzte Stadium seiner Entwicklung vermöge seines Bestrebens dem Zeugenbeweise wieder höheres Ansehen und weitere Ausdehnung zu verschaffen, nicht selten ganz ähnliche Erscheinungen zeigt wie die Zustände der ältesten Zeit, so wird es hin und wieder ausnehmend schwierig auseinanderzuhalten, was im

einzelnen Falle als ausnahmsweise erhaltener Ueberrest des urältesten Rechts, und was als neue Bildung auf Grund der dritten und letzten Entwicklungsstufe zu betrachten sey. Auch hier kann wieder nur die sorgsamste gesonderte Behandlung jedes einzelnen Stammrechtes zu einem befriedigenden Ergebnisse führen.

Weit kürzer als bezüglich der beiden primären Beweismittel können wir uns hinsichtlich der Gottesurtheile und des Zweikampfes fassen. Aus den nordischen Rechten ist nicht nur der letztere schon früh verwiesen worden [1]), sondern auch jene ersteren wurden hier bereits im Laufe des 13. Jahrhunderts, und zwar im Zusammenhange mit dem vom vierten lateranischen Concil (1215) erlassenen Verbote, beseitigt [2]); auf Betreiben des Cardinals Wilhelm v. Sabina wird die Eisenprobe in Norwegen durch K. Hakon Hakonarson [3]), und wohl aus demselben Anlasse in Schweden durch Birger Jarl abgeschafft [4]); in Island kommt dieselbe wenig später, nämlich seit der Unterwerfung der Insel unter Norwegen ab [5]), und in Schonen wird sie durch K. Waldemar II (1202—42) abgeschafft [6]), während sie aus den übrigen dänischen Provincialrechten bereits etwas früher verschwunden zu seyn scheint. Auch für England ist dasselbe kirchliche Verbot bestimmend geworden, indem eine Verordnung K. Heinrichs III unter Bezugnahme auf dasselbe Ersatzmittel für das Eisen- und Wasserurtheil anordnet [7]); der Kampf freilich, der den Engländern nicht als Gottesurtheil galt, blieb nach wie vor im umfassendsten Gebrauche, aus welchem er sich erst in weit späterer Zeit allmählich verlor: noch im Jahre 1817 konnte in England eine förmliche Provocation

---

[1]) Siehe oben S. 231.

[2]) Ueber dieses, freilich nur indirect ausgesprochene, Verbot vgl. Hildenbrand, S. 170—1.

[3]) Hakonar S. Hakonars. c. 255.

[4]) Östgöta L. *Eps*. 17; noch im Jahre 1320 mußte freilich das Verbot für Helsingjaland neuerdings eingeschärft werden, Helsing. L. Ärfda B. 16.

[5]) Vgl. Arnesen, S. 181.

[6]) Siehe dessen Verordnung in Thorsen's Ausgabe des Skaanske L., S. 246—8.

[7]) Vgl. Biener, Beiträge zu der Geschichte des Inquisitions-Processes und der Geschwornengerichte (1827), S. 281—2.

auf den gerichtlichen Zweikampf vorkommen, und erst in Folge dieses Vorkommnisses ergieng im Jahre 1820 ein ausdrückliches gesetzliches Verbot desselben. In Frankreich und insbesondere auch in der Normandie verlieren sich die Feuer- und Wasserurtheile, welche anfangs zumal in den geistlichen Gerichten statt des Kampfes üblich gewesen waren, gleichfalls im Laufe des 13. Jahrhunderts aus dem Gebrauche, oder wurden auch wohl durch ausdrückliche Gesetze beseitigt; dagegen gewinnt das Duell ähnlich wie in England sowohl als Beweismittel wie als Rechtsmittel wieder ziemlich dieselbe Ausdehnung, wie ihm solche oben für das älteste Recht vindicirt worden ist, und erliegt erst sehr allmählich den vereinigten Anstrengungen der Kirche, des Königthums und der Communen; Ludwig der Heilige verbot dasselbe bereits für die ihm unmittelbar unterworfenen Lande, aber selbst dieses beschränkte Verbot vermochte noch nicht sogleich seinem vollen Umfange nach bleibenden Bestand zu gewinnen [1]). Für seine italienischen Besitzungen schaffte K. Friedrich II. unter ausdrücklicher Bezugnahme auf deren Vernunftwidrigkeit die Gottesurtheile völlig ab, und beschränkte zugleich den Gebrauch des Duells auf einige wenige Ausnahmsfälle [2]). In Deutschland endlich hatte zwar hin und wieder das Bestreben der Kirche, die maßlose Zahl der gerichtlichen Eide zu vermindern, zu einer Ausdehnung des Gottesurtheiles oder selbst des Zweikampfes geführt [3]); indessen zeigt doch bereits der Sachsenspiegel den letzteren, abgesehen von der Urtheilsschelte, beschränkt auf schwere Strafsachen, vorausgesetzt daß bei diesen gewichtige Inzichten gegen den Angeschuldigten vorliegen und zumal der objective Thatbestand durch leibliche Beweisung hergestellt werden kann, während andererseits die übrigen Bedingungen der handhaften That nicht vorliegen, und das Gottesurtheil läßt derselbe nur noch für rechtlose Leute oder wenige ganz extreme Fälle zu. Im Schwabenspiegel erscheint sogar das Duell in seiner Anwendung als Rechtsmittel aufgegeben, während im übrigen wesentlich dieselben Bestimmungen wiederkehren, und wenn allerdings noch

---

[1]) Vgl. Schäffner, II. S. 214—26, und 370—4.

[2]) Const. regn. Sicul. II. c. 31—3 (Cauciani, Barbar. Leg. antiqu. I. S. 349—50).

[3]) Vgl. oben S. 239—40.

auf lange hinaus einzelne Ueberreste von Kampf, und Gottesurtheil sich erhalten, so sind diese doch immerhin nur als sparsame Ausnahmen von der durch die gemeinsame Macht der Kirche und der Städte sichergestellten Regel zu betrachten; nur in den Herenprocessen wird in Folge des Glaubens, daß der Teufel seine Schützlinge gegen die Tortur fest zu machen vermöge, der Gebrauch zumal der Wasserprobe noch als ein regelmäßiger aufrecht erhalten. Der Ersatz, welcher für die beseitigten Institute eintritt, ist übrigens je nach Verschiedenheit des Ortes und der Zeit ein verschiedener; zum Theil muß der Eid und die Eideshülfe die entstandene Lücke füllen, häufiger wird diese durch eine Erweiterung des Zeugenbeweises gedeckt oder doch enger begränzt: in Dänemark und Schweden, dann aber auch in England, rückt wesentlich das Geschwornengericht in die offen gewordene Stelle ein; in Deutschland aber muß als eventuellstes Auskunftsmittel die Tortur zu Hülfe genommen werden, — ein Surrogat von kaum minder unvernünftiger, und jedenfalls von weit unsittlicherer Beschaffenheit als dieß Kampf oder Gottesurtheil je gewesen war.

Wie verhält sich nun dieser Entwicklungsgeschichte des germanischen Beweisrechtes gegenüber unsere Literatur? Sieht man von den Compendien der deutschen Rechtsgeschichte ab, welche sich meist mit der Zusammenstellung weniger trockener Quellenexcerpte begnügen, oder doch auf die wissenschaftliche Construction der zusammengetragenen Notizen nur sehr geringe Mühe verwenden, so beschränkt sich Rogge auf die Erörterung des ältesten Rechts, und geht selbst mit den wenigen Andeutungen, welche er über spätere Veränderungen desselben gibt, nicht über die karolingische Periode herunter; von ihm ist demnach insbesondere über das zweite und dritte Stadium in der Geschichte des Zeugen- und Eidhelferbeweises nichts zu lernen. Umgekehrt beschränken sich Albrecht, Planck und Jolly auf die Darstellung des späteren Rechtes, wie solches zumal im Sachsenspiegel und in den an ihn sich anschließenden Rechtsquellen vorliegt, ohne in die ältere Zeit hinaufzusteigen; sie behandeln also im Hinblick auf ein einzelnes, bestimmt abgegränztes Quellengebiet die beiden letzten Stadien in der Geschichte jener beiden Beweismittel, lassen aber deren älteste Gestalt, und damit auch den Uebergang aus dieser in die nächst spätere, außer Ansatz. Demgemäß geben zumal die beiden ersteren eine

vortreffliche Schilderung jenes aus Zeugniß und Eideshülfe gemischten Beweismittels, wie sich solches in den angeführten Quellen findet, und seiner allmählichen Umbildung in ein reines Zeugniß; sie weisen ferner evident nach, wie sich das Beweisrecht des späteren Mittelalters durch allmähliche Erweiterung des Gebrauches der Gezeugen Schritt vor Schritt dem Principe unseres modernen Rechtes nähert. Dagegen tritt in Folge jener Beschränkung auf eine bestimmte Zeitgränze bei allen dreien die Stellung nicht klar genug hervor, welche die Zustände jener Periode in der Gesammtentwicklung des deutschen Beweissystemes einzunehmen haben, und es bleibt auch wohl, zumal von Planck und Jolly, unbeachtet, daß das Beweisrecht des Sachsenspiegels keineswegs ein ursprüngliches und aus einem einheitlichen Principe zu erklärendes, sondern bereits das Product einer langjährigen Entwicklung ist, und demgemäß die Spuren sehr verschiedener Rechtszustände gleichzeitig und theilweise unvermittelt neben einander zeigt. So übersieht z. B. Planck, daß der aus Eideshülfe und Zeugniß gemischte Charakter der Gezeugen des Sachsenspiegels erst aus einer späteren Verschmelzung ursprünglich getrennter Institute hervorgegangen ist, und polemisirt von hier aus mit Unrecht gegen diejenigen, die wie z. B. Homeyer und theilweise auch Albrecht, nachzuweisen suchen, wie in den einzelnen Anwendungsfällen bald der Charakter des Zeugnisses bald der der Eideshülfe in denselben vorwiege; er läßt ferner die Möglichkeit ganz außer Ansatz, daß in einzelnen Fällen, in welchen schon früh ein wahrhafter Zeugenbeweis in jenem späteren Quellenkreise zugelassen wird (z. B. beim Beweise der Sühne, der Morgengabe und Heimsteuer, beim Weinkaufe), hierin ein ausnahmsweise stehen gebliebener Ueberrest des alten erwählten Zeugnisses gegeben seyn dürfte; Jolly läßt sich sogar bis zu der Behauptung fortreißen, daß alles und jedes Zeugniß von Anfang an lediglich aus der Eideshülfe hervorgegangen sey, wobei dann freilich die eigenthümliche Stellung des Dingzeugnisses und seine Bezeichnung als Zeugniß unerklärt bleiben muß u. dgl. m. Derartige Unvollkommenheiten sind indessen durch die Beschränkung der Forschung auf ein bestimmtes einzelnes Quellengebiet fast nothwendig bedingt, während diese doch allein die Möglichkeit gründlicher und erschöpfender Behandlung des überreichen Stoffes gewährt, und sie können darum der Verdienstlichkeit jener trefflichen

Leistungen nicht den geringsten Abbruch thun; sie wären mit Leichtigkeit zu beseitigen, wenn nur erst für die übrigen wichtigeren Quellenkreise gleich gründliche Untersuchungen angestellt wären. Gar nichts dagegen scheint uns, wir müssen dieß hier nochmals wiederholen, mit der verworrenen Art gethan, in welcher Sachße seinen Gegenstand behandelt hat; die sämmtlichen, den verschiedensten Orten und Zeiten entstammenden Rechte als einen gleichartigen Stoff behandeln, heißt nicht Ordnung, sondern Unordnung in unserer Rechtsgeschichte stiften, und am allerwenigsten geht es an, die gemeinsamen Grundprincipien des germanischen Beweisrechtes aus einer Quelle schöpfen zu wollen, deren Proceßsystem so mannichfache und so tiefgreifende Umgestaltungen erlitten hat wie das der Coutume der Normandie.

(Fortsetzung folgt.)

K. Maurer.

X.

Zur neuesten Literatur über den bürgerlichen Proceß.

1) Vorlesungen über die Theorie des deutschen gemeinen bürgerlichen Processes, gehalten auf den Universitäten Göttingen, Heidelberg und Jena, von Dr. Christoph Martin. Herausgegeben unter dessen Mitwirkung von seinem Sohne Dr. Theodor Martin. Zweiter Band. Brockhaus. 1857.
2) Lehrbuch des gemeinen deutschen ordentlichen Civilprocesses von Dr. Robert Osterloh, ordentlichem Professor der Rechte an der Universität Leipzig. Erster Band enthaltend die Einleitung und den allgemeinen Theil. Zweiter Band enthaltend den besonderen Theil. Verlag von Bernhard Tauchnitz. Leipzig, 1856.
3) Civilproceß oder das gerichtliche Verfahren bei bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten im Gebiete des allgemeinen Landrechts für die preußischen Staaten. Ein Leitfaden zum Selbstunterricht von Dr. A. W. Heffter, königl. geh. Obertribunalrath und ord. Professor an der Universität zu Berlin. Berlin. Verlag von E. H. Schröder, 1856.
4) Civil=Practicum oder Anleitung zu Entscheidung von Civilrechts=Streitsachen. Von Obertribunalrath Sarwey in Stuttgart. Stuttgart und Augsburg. J. G. Cotta'scher Verlag. 1856.

Von den in unserem früheren Aufsatz in Band III. S. 317 ff. gegenwärtiger Zeitschrift besprochenen Werken sind seitdem die Vorträge über den gemeinen ordentlichen Civilproceß von v. Bayer vollendet worden; das System des ordentlichen Civilprocesses von Wetzell hat bis jetzt (Mai 1857) auf eine Fortsetzung warten lassen; die Vorlesungen über die Theorie des deutschen gemeinen

bürgerlichen Processes von Martin haben durch das unter 1) genannte Werk ihren Abschluß gefunden.

Zu 1. Was den Charakter dieses letzteren Werkes im allgemeinen betrifft, so verweisen wir auf das bei der früheren Besprechung Geäußerte. Das daselbst bezüglich des Systems Bemerkte findet in dem gegenwärtigen zweiten Bande seine vollste Bestätigung. Nachdem in dem ersten Bande zuletzt noch die Proceßhandlungen und zwar „getrennt betrachtet" erörtert wurden, beginnt in dem zweiten Bande die Lehre „von den Proceßhandlungen in ihrer Verbindung unter einander." Dabei werden aber wieder diese Proceßhandlungen nur allgemein nach ihrem Zusammenhang im Ganzen und Großen erörtert, während die detaillirte Darstellung einer späteren Unterabtheilung vorbehalten bleibt, worin von dem ordentlichen Processe nach den Abtheilungen des ersten Verfahrens und des Beweisverfahrens gehandelt wird. Es wird in den Vorlesungen Bd. I. S. 454, Bd. II. S. 1 ein Grund für diese Trennung angegeben, und zwar dahin: Es sey nothwendig das Benehmen der einzelnen Theilnehmer am Rechtsstreite sowohl in einfacher Reihenfolge Schritt für Schritt, als auch in allgemeinen Grundansichten für dieses Benehmen, in einer Abstraction von einzelnen dabei, und zwar zuerst nach den Gattungen der Handlungen, dann in Beziehung auf ihren Zusammenhang und die Verbindung unter einander darzustellen. Sowie man beim Aufführen eines Gebäudes schon vorbereitete Baumaterialien voraussetze, so müsse auch der Zusammensetzung des Proceßgebäudes die Kenntniß der einzelnen Bestandtheile vorhergehen, durch deren Verbindung ein Ganzes hervorgebracht werden solle. Diesen Grund halten wir nicht für richtig. Für die Lehre von dem gerichtlichen Verfahren ist die processualische Handlung nur in ihrer Verbindung von reeller Bedeutung, außer dieser ist sie etwas wesenloses, schattenhaftes. Die Darstellung aber soll sich nach dem richten was an einem Gegenstande wesenhaft ist. Die früheren abstracten Systeme halten im Rechte nicht mehr aus, sie müssen einfacheren reelleren Darstellungen weichen. Hat ja auch der alte Thibaut sich genöthiget gesehen das ihm lieb gewordene künstliche System des Pandektenrechtes mit seinem breit angelegten allgemeinen Theil aufzugeben, und eine mehr natürliche Ordnung anzunehmen. Es

wäre sehr zu wünschen gewesen, daß auch der ehrwürdige Proceßveteran sich zu einem gleichen Opfer entschlossen hätte. Die Sache hat nicht bloß eine theoretische Bedeutung; dadurch, daß die einzelnen Proceßhandlungen als selbständig, als von eigener Bedeutung, unabhängig von ihrem Zusammenhange und von ihrer Verbindung mit dem ganzen Verfahren betrachtet werden, gewöhnt man sich daran, diesen Proceßhandlungen ihrem Inhalte und ihrer Form nach an sich und in ihrer Einzelheit einen Werth beizulegen, sie als Selbstzweck aufzufassen, während sie doch nur als Mittel für die wahre Grundbestimmung des gerichtlichen Verfahrens — die Fällung eines gerechten Urtheils herbeizuführen — von Bedeutung sind. Es wird damit diesen Handlungen und ihren Formen ein Uebergewicht über das Materielle des im Streite befangenen Rechtsverhältnisses eingeräumt, welches für die richtige Auffassung und Entscheidung des letztern vom nachtheiligsten Einfluß ist; es wird dadurch der Geist der Abstraction und des Formalismus genährt, der, wie wir bereits mehrmals an andern Orten in gegenwärtiger Zeitschrift (insbesondere Bd. V. S. 47 ff.) bemerkt haben, die Theorie und Praxis des gerichtlichen Verfahrens gegen Ende des vorigen und bis zu den vierziger Jahren des gegenwärtigen Jahrhunderts beherrschte *). Was den Inhalt

---

*) Dafür, daß die ältere d. h. vor dem gegenwärtigen Jahrhundert zurückfallende deutsche Praxis das entschiedene Bestreben offenbart, nach dem Bedürfnisse des Falles die beengenden Grundsätze zu durchbrechen, welche die Verhandlungsmaxime mit der Hauptanforderung an das richterliche Amt, nur nach Gewissen und erkannter Wahrheit zu urtheilen, in Conflict gebracht hatten, wollen wir nur zwei Beispiele anführen, das eine aus *Mevius* Decis. P. VII. dec. 155., wornach es für zulässig erklärt wird, ein Geständniß für die Entscheidung zu benützen, welches, ohne angeführt zu seyn, aus Hülfsacten hervorging, auf welche der Beweisführer sich nur zu anderen Zwecken berufen hatte; das andere aus *Leyser* spec. 120. med. 2., wornach von Gerichtswegen die Vernehmung von Personen als Zeugen verordnet wurde, weil es sich aus der Aussage des von der Partei producirten unglaubwürdigen Zeugen ergeben hatte, daß diese von der zu erweisenden und an sich wahrscheinlichen Thatsache besser als jener unterrichtet seyn müßten. Leyser begleitet die von ihm mitgetheilte Entscheidung mit der Bemerkung: „Non est enim judex intra tam arctos cancellos includendus, ut veritati per hoc fraus fiat.“

des zweiten Bandes der Vorlesungen betrifft, so gilt auch für solchen unser Urtheil über den ersten, daß die einzelnen §§. des Lehrbuchs, an welche sich die Vorlesungen nach der zwölften Ausgabe anschließen, genau und vollständig, zum Theil vortrefflich erörtert sind.

Zur großen Erleichterung würde es dienen, wenn diese einzelnen Paragraphen, wie im Lehrbuch geschehen, in einer allgemeinen tabellarischen Uebersicht vorne aufgeführt wären, statt daß nur S. 113 zu §. 141 eine kurze allgemeine Uebersicht der Anordnung des von §. 142 an folgenden Specialtheils aufgestellt ist.

Wir heben nun einige einzelne Punkte hervor. S. 10 ff. wird die Lehre von dem Beweise abgehandelt, und zwar zuerst von den „Beweisgründen" d. h. von der Frage „welches abstract genommen, die möglichen, also rechtlich zulässigen Gründe sind, wodurch ein Civilrichter die streitige Thatsache in ihrer richtigen Gestalt kennen lernt, um in dieser Beziehung sein Amt verwalten zu können"; sodann von den „Beweismitteln" als „denjenigen Personen, Sachen und Handlungen, deren sich ein Beweisführer bedient, um die von ihm gewählten Beweisgründe zu den Acten des einzelnen Rechtsstreites zu bringen." Diese an sich zwar richtige abstracte Unterscheidung erschwert unseres Erachtens die Auffassung, während sie durch die einfache Bemerkung Wetzell's (System, S. 120) gefördert wird, daß dasjenige, was für den Richter als Beweisgrund gilt, für die suppeditirende Thätigkeit der Partei als Beweismittel sich darstellt. Einen Werth hat die Unterscheidung nur bezüglich der Urkunden; hier ist nämlich der schriftliche Aufsatz, in welchem die Urkunde besteht, das Beweismittel, wodurch dem Richter entweder das Geständniß einer Partei oder ein Zeugniß oder die sinnliche Wahrnehmung einer Thatsache, einer Handlung, welche durch die Schrift vollbracht wird, dargelegt wird, welchem gemäß die Urkunden nach Verschiedenheit des in ihnen enthaltenen Beweisgrundes in Ansehung ihrer Beweiskraft zu beurtheilen sind, worüber S. 248 ff. sehr umfassend und gründlich gehandelt wird. S. 33 ff. wird die Lehre vom qualificirten Geständnisse behandelt und die Nothwendigkeit hervorgehoben, diejenigen Bestandtheile der streitigen Thatsache, welche in dem qualificirten Geständnisse eingeräumt sind, folglich von beiden Theilen übereinstimmend erzählt

werden, von den übrigen zu trennen, und nur die noch streitigen Theile des Factums, namentlich die Zusätze und Einschränkungen, welche der Bekennende anführt, der Gegner aber nicht zugibt, so weit sie erheblich sind, zum Gegenstande des Beweises zu machen, und die Beweislast nach den allgemeinen Regeln über die Beweislast zu bestimmen. Diese vollkommen richtigen Aufstellungen hätten bei der Schwierigkeit der Anwendung im einzelnen wohl durch einige Specialisirung näher dargelegt und anschaulich gemacht zu werden verdient. Uebrigens wollen wir nicht unterlassen, hier auf die richtige Bemerkung Mittermaier's (Arch. f. Civ.-Prax. Bd. 39. S. 390) aufmerksam zu machen, daß die sog. qualificirten Geständnisse die Hauptbedeutung nur in dem bisherigen schriftlichen Verfahren hatten, weil es dem Anwalt leicht war, in der Schrift eine Antwort so auf Schrauben gestellt zu geben und mit Einreden vermischte Zusätze und Beschränkungen aufzustellen, daß der Richter oft in Verlegenheit war, was er als zugestanden betrachten durfte, während es bei der mündlichen Verhandlung dem verständigen und energischen Richter leicht seyn wird, die qualificirten Geständnisse größtentheils zu beseitigen.

Als besonders interessant heben wir die Lehre vom ersten Urtheil S. 169 — 187 hervor, worin die Arten der Urtheile, deren mögliche Fehler und die Bestandtheile des Urtheiles auf das erste Verfahren in sehr ausführlicher und praktischer Weise besprochen werden. S. 194 wird der Satz näher erörtert und gestützt auf §. 50 des jüngsten Reichsabschieds, dann Cap. 12 de appellationibus in VIto. (2. 12.) zu begründen versucht, daß der irrelevante Beweissatz zu jeder Zeit müsse verworfen werden können, weil bei ihm kein Rechtsbestand gedacht werden könne. S. 223 ff. werden die Obliegenheiten des Richters während der Beweisführung und nach beendigtem Beweisverfahren besprochen, und hier namentlich bezüglich der Prüfung der Beweise und der Erkenntnisse auf Eide manche sehr beachtungswerthe praktische Winke gegeben; insbesondere wird der Grundsatz eingeschärft, bei Prüfung der intensiven Vollständigkeit eines Beweises weniger die Einzelnheiten abgesondert als vielmehr den Totaleindruck des Ganzen, die gegenseitige Harmonie der einzelnen Beweisgründe zu berücksichtigen.

Aus dem Gebiete der summarischen Processe heben

wir als besonders beachtungswerth die allgemeinen Grundsätze S. 288 ff. hervor, dann dasjenige was S. 338 ff. über die Mißbräuche gesagt wird, welche die Praxis bei Anwendung der possessorischen Processe hat einreißen lassen, und welche zum Theil in manchen Landesgesetzen gebilligt worden sind, während das gemeine Recht von ihnen durchaus nichts weiß. Es gehören dahin 1) die Ausdehnung der Besitzprocesse auf rein persönliche Ansprüche; 2) die unrichtige Bestimmung des Possessoriums zum Petitorium; 3) die Eintheilung des possessorischen Processes in zwei Unterarten, das possessorium ordinarium und summariissimum.

Aus dem Gebiete der Rechtsmittel wollen wir erwähnen, daß S. 371 das Verbot der reformatio in pejus aus der Analogie von Klage und Widerklage bezüglich des von der einen oder von beiden Parteien ergriffenen Rechtsmittels deducirt wird, während es uns aus der Verhandlungsmaxime und den Wirkungen der Rechtskraft abgeleitet werden zu müssen scheint, was auch S. 378 dadurch anerkannt wird, daß eine reformatio in pejus dann für statthaft erklärt wird, wenn offenbar unerhebliche Beweise oder sonstige Proceßschritte in dem angefochtenen Urtheile vorgeschrieben wären, ohne daß irgend eine Partei dagegen das Rechtsmittel ergriffen hätte, „weil in solchen Fällen der erkennende Richter nach den allgemeinen für die richterliche Thätigkeit geltenden Normen die Proceßleitung bei Fällung des jetzigen Erkenntnisses nicht außer Acht lassen darf, deßhalb aber alles Irrelevante nach der Vorschrift im §. 50 des jüngsten Reichsabschieds vermeiden, und, da dieses zur Rechtskraft nicht gelangen kann, ohne Rücksicht darauf ob ein Rechtsmittel dagegen eingewendet wurde oder nicht, beseitigen muß." Etwas zu kurz scheint uns die Lehre von dem Umfang des Devolutiveffects der Berufung behandelt. In dieser Beziehung wird S. 378 der ganz richtige Satz aufgestellt: „Der judex ad quem ist hinsichtlich des Rechtsmittels ganz wie der Richter eines neu zu beginnenden Rechtsstreites zu betrachten, und muß alle Rechte und Pflichten eines solchen beobachten." Hier hätten wir nun eine Besprechung darüber gewünscht, ob und in wie weit der Oberrichter über Streitpunkte zu urtheilen habe, über welche sich der Unterrichter noch nicht ausgesprochen hat, worüber in Bezug auf Erkenntnisse, welche die Klage bedingt oder unbe-

dingt abweisen, oder den Beklagten von derselben entbinden, die Abhandlung von Cucumus im Archiv für civ. Praxis, Band XXVI. S. 343 ff., Bd. XXVII. S. 57 ff. sich verbreitet. Ein Plenar-Beschluß des Oberappellations-Gerichts zu München vom 10 Dec. 1842 (abgedruckt im bayer. Regierungsblatt v. J. 1843 S. 28 ff. und in Emminghaus Corpus Juris Germanici, 2te Aufl. S. 942 ff.) geht dahin:

„Der Oberrichter, welcher die Beschwerde gegen die nach geschlossenem Verfahren ausgesprochene Abweisung der Klage oder Entbindung des Beklagten von derselben für gegründet erachtet, hat

a) sein Erkenntniß auf die Nichtabweisung der Klage (oder Nichtentbindung des Beklagten von derselben) und Verweisung an die betreffende Instanz zur weiteren Aburtheilung in den Fällen zu beschränken, in welchen sich die Abweisung oder Entbindung als das Ergebniß der Lösung einer die Sachbitte des Klägers nicht entscheidenden Vorfrage darstellt;

b) in der Hauptsache selbst aber zu erkennen, wenn die Abweisung oder Entbindung auf der Schlußfolgerung beruht, welche sich aus der Beurtheilung des zur Begründung der Sachbitte Vorgebrachten in Bezug auf diese ergab."

Seuffert in dem Commentar über die bayerische Gerichtsordnung Bd. IV. 2te Aufl. S. 118 ff. bemerkt mit Recht, daß nach gleichen Grundsätzen zu unterscheiden ist, wenn dieselbe Frage in späteren Stadien des Processes, insbesondere im Beweisverfahren vorkommt. Ist nach durchgeführtem Beweisverfahren von dem ersten Richter — z. B. wegen Annahme des Mißlingens der Beweisführung in Ansehung einer von mehreren copulativ zum Beweis ausgesetzten Thatsachen — die Prüfung in Ansehung der übrigen als überflüssig unterlassen worden, so wird doch durch die Berufung gegen das Endurtheil die ganze Sache an den Oberrichter devolvirt, und es ist, im Falle die dem vorigen Erkenntnisse in Ansehung jedes einzelnen Punktes zu Grunde liegende Ansicht für unrichtig erkannt wird, die Zurückweisung zu weiterem Erkenntniß über den andern Inhalt der Beweisführung unzulässig, vielmehr hat hier der Oberrichter über das Ganze zu erkennen. War hingegen die Nichtbeachtung eines Theiles der Beweisführung das Ergebniß der Beantwortung einer formellen Vorfrage, z. B. der

Präclusion wegen Verspätung, so hat der Oberrichter, welcher die Präclusion für nicht gerechtfertiget und das Präcludirte für erheblich erachtet, seinen Ausspruch auf Abänderung in diesem Punkte zu beschränken und die Sache zu (wenn nöthig weiterer Instruction und) nochmaligem Erkenntnisse zurückzuweisen. Es wird einleuchten, daß die im einzelnen noch mit mannichfachen Schwierigkeiten verknüpfte Frage wohl einer näheren Erörterung werth gewesen wäre.

Zum Schlusse wollen wir noch wiederholt und im allgemeinen auf die vielen praktischen Winke aufmerksam machen, die dem Werke von Martin besonders in dem vorliegenden zweiten Bande einen besonderen Werth verleihen.

Zu 2. Das Werk von Osterloh hat seine Eigenthümlichkeit vorzüglich in der steten Hinweisung auf die Quellen, aus welchen die im Texte vorgetragenen Sätze unmittelbar oder auch nur mittelbar geschöpft sind, wobei der Verfasser alle wichtigeren Quellenstellen wenigstens insoweit, als die darin enthaltenen Bestimmungen noch jetzt für das heutige gemeine Civilproceßrecht von Bedeutung sind, wörtlich abdrucken ließ. Wir finden dieses Verfahren zweckmäßig und verdienstlich, es wird dadurch dem Leser die leichte Möglichkeit eigener Prüfung der quellenmäßigen Richtigkeit der vorgetragenen Sätze gewährt, dem Praktiker werden die wichtigeren Belegstellen sofort vor Augen geführt, und den Studirenden wird zur selbständigen Benützung der Quellen Lust gemacht. Eben so finden wir es zweckmäßig, daß nur an der Spitze eines jeden Paragraphen die auf den Inhalt desselben bezügliche Literatur möglichst vollständig gegeben, bei den einzelnen Sätzen aber die Angabe der Literatur in der Regel unterlassen und nur ausnahmsweise dann in der Note auf die Schriften anderer Bezug genommen wird, wenn eine specielle Streitfrage von einiger Erheblichkeit dazu besondere Veranlassung gab. Wir wünschten diese Ausnahme in den geeigneten Fällen auch auf die Mittheilungen aus der neueren Praxis z. B. aus Seuffert's Archiv ausgedehnt, was durchweg unterlassen wurde, während durch fleißige Benützung so manche Sätze eine deutlichere und anschaulichere Darstellung gewonnen haben würden. Wir verweisen in der Be-

ziehung auf die Art und Weise, wie Bluntschli das gedachte Archiv in seinem deutschen Privatrecht benutzt und angeführt hat. Daß die ausführliche Besprechung controverser Sätze, als der ganzen Anlage und dem Zwecke des Lehrbuchs fremd, unterblieb, finden wir in Ordnung und die Andeutung der einzelnen Streitfragen von einiger Erheblichkeit, wenn nicht schon im Text, doch wenigstens in den Noten für genügend.

Wir vermissen ein gleiches Verfahren auch bezüglich der wichtigeren einzelnen abgeleiteten und Folgesätze, so z. B. bezüglich der zuletzt zu Nr. 2 oben besprochenen Lehre von dem Umfang des Devolutiveffects der Berufung, welche in Bd. II. S. 209 mit den zwei Sätzen, zu denen auch die Noten keine aufklärenden Verweisungen oder Andeutungen enthalten, ihre Abfertigung erhält: „Gegenstand der Entscheidung sind nur die angefochtenen Punkte. Zum Nachtheil des Remedirenden darf nicht reformirt werden." Vollste Billigung verdient, daß der Verfasser dem historischen Elemente in der Civilproceßwissenschaft überall da, wo die historische Entwickelung zur Begründung einzelner noch jetzt geltender Sätze unentbehrlich war, gebührende Berücksichtigung geschenkt hat. Einzelne dieser Bemerkungen sind vollständig gelungen, so jene über die Gerichtsverfassung S. 103 ff., über das Princip der Schriftlichkeit S. 54 ff. Weniger hat unseren Beifall das Bestreben, „überall da, wo sich irgendeine Gelegenheit darbot, den Leser auf die philosophische Bedeutung und die innere Nothwendigkeit der einzelnen Proceßrechtsgrundsätze aufmerksam zu machen"; auch können wir mit Osterloh hierin nicht den Weg erblicken, „auf welchem allein gewisse und unter ihnen gerade die brennendsten Streitfragen auf processualischem Gebiete ihre völlige Erledigung finden können". Wir haben uns über diese Richtung in gegenwärtiger Zeitschrift schon oft ausgesprochen und verweisen auf das früher Gesagte. Das: an ihren Früchten werdet ihr sie erkennen — spricht nicht für diese Richtung, auch nicht in dem vorliegenden Buch, indem die ihr entsprungenen Partien zu den schwächsten gehören. So der Begriff der Rechtssachen auf S. 3 ff. Hiernach ist die Staatsgewalt die Vertreterin und Vollstreckerin des Gesammtwillens: ihre Thätigkeit zerfällt in Justiz und Administration. Vermöge der Justizhoheit realisirt und schützt sie das Recht des Einzelnen der Gesammtheit sowohl, als dem Einzelnen

gegenüber, während die Regierungshoheit jede andere Thätigkeit der Staatsgewalt umfaßt. „Justizsachen sind die in denen die Justizgewalt nach dem Princip der Rechtmäßigkeit, und Verwaltungssachen in welchen die Regierungsgewalt nach dem Principe der Zweckmäßigkeit oder Nothwendigkeit thätig wird."

Ueber das Unrichtige dieser Auffassung glauben wir auf unsere Erörterung im Archiv für praktische Rechtswissenschaft Bd. II. S. 1. Bd. III. S. 360 verweisen zu dürfen, wo wir näher begründet haben, daß nur Streitigkeiten über Privatrechtsverhältnisse als Civilproceß- oder Civiljustizsachen anzusehen sind.

Anzuerkennen ist, daß bei der Systematisirung der Lehre sich Einfachheit und Uebersichtlichkeit zur Aufgabe gemacht und namentlich die allzugroße Zersplitterung des Stoffs zu vermeiden gesucht wurde.

Die Einleitung umfaßt in vier Capiteln die allgemeinen Begriffe; die Lehre von den Justizsachen; vom Civilproceß im allgemeinen; von den wesentlichen Erfordernissen und allgemeinen Grundsätzen des Civilprocesses; von den Quellen und Hülfsmitteln des gemeinen deutschen Civilproceßrechtes.

Der allgemeine Theil handelt im ersten Hauptabschnitt vom Gericht in sieben Capiteln: von der Zusammensetzung des Gerichts und den dazu gehörigen Personen; von der Gerichtsverfassung; von der Gerichtsbarkeit; von der Zuständigkeit des Gerichts; vom Gerichtsstande; von den Rechten und Obliegenheiten des Gerichts im allgemeinen; von der Thätigkeit des Gerichtes.

Der zweite Hauptabschnitt „von den Parteien" spricht von Capitel 13—25 incl. nicht bloß von der Stellung der Parteien im allgemeinen, zum Gerichte und gegen einander, dann von deren Thätigkeit im Processe, sondern auch vom Beweise, von den Beweisgründen, von der Beweisführung und den Beweis mitteln; was offenbar zu einer Ueberladung dieses Abschnittes führt, die weder durch Gesetze der Logik noch durch Rücksichten der Deutlichkeit und Veranschaulichung geboten oder auch nur gebilliget ist.

Der besondere Theil, welcher, auf den Abhub und die Abfälle des allzureichlich ausgestatteten allgemeinen Theils verwiesen, sich etwas kärglich darstellt, zerfällt in drei Hauptabschnitte:

Erörterung des streitigen Rechtsverhältnisses; Hülfsverfahren; Rechtsmittel.

Der erste Hauptabschnitt behandelt in einem Unterabschnitt das erste Verfahren bis zum ersten Erkenntnisse und in einem zweiten das Beweisverfahren bis zum Enderkenntnisse.

Die Lehre von den Rechtsmitteln ist in zwei Capiteln erörtert, deren erstes die Rechtsmittel im allgemeinen, das zweite dieselben im einzelnen bespricht.

Im Ganzen stellt sich das Werk als ein sehr brauchbares Lehrbuch dar, wenn auch eine neue selbständige Auffassung in demselben nicht erblickt werden kann. Der eigenthümliche Werth, den es durch die Vorlage aller wichtigeren Quellenstellen behauptet, würde bedeutend erhöht werden, wenn sich diese Vorlage auch auf die wichtigeren Ansichten der Praktiker der älteren und mittleren Zeit erstreckte, welche auf die Anwendung der in den Quellenstellen enthaltenen Bestimmungen so häufig modificirend und ergänzend eingewirkt und so auf die Herausbildung der Theorie des gemeinen deutschen bürgerlichen Processes einen entscheidenden Einfluß gehabt haben. Es ist ja eine allgemein anerkannte Thatsache, daß es eine Reihe von processualischen Institutionen gibt, deren Ursprung sich nur auf den Gerichtsgebrauch zurückführen läßt.

Zu 3. Heffter hat in der Vorrede zu der zweiten Ausgabe seines Systems des römischen und deutschen Civilproceßrechts (Bonn 1843) S. VIII versprochen, daß er, sollte ihm noch ferner Muße und Kraft bleiben, diesem Systeme eine Theorie der gerichtlichen Entscheidungskunst als Endpunkt seiner proceßrechtlichen Studien und Praxis werde nachfolgen lassen, wozu bereits vieles vorbereitet sey.

Statt dieses angekündigten Werkes erhalten wir nun das unter Nr. 3 oben Angeführte. Wir heißen auch dieses willkommen, wollen jedoch Heffter seines früheren Versprechens nicht entbunden, sondern ihn hiemit wiederholt an dessen Erfüllung erinnert und seine Bemerkung (S. IV. des Vorworts), er sey des Schreibens müde, auf die schon längst in Aussicht gestellte Theorie der gerichtlichen Entscheidungskunst nicht bezogen wissen. Die Absicht Heffter's bei dem vorliegenden Werke ist darauf gerichtet und

beschränkt, die wesentliche Gliederung des gerichtlichen Verfahrens bei bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten im Gebiete des allgemeinen Landrechts für die preußischen Staaten und die Kerngrundsätze desselben, nicht jede Folgerung oder Nutzanwendung daraus in faßlicher Ordnung darzustellen.

Nachdem in der Einleitung der geschichtliche Entwicklungsgang und die Quellen des nunmehrigen Proceßrechtes dargestellt, sodann das Gebiet des allgemeinen preußischen Proceßrechtes begränzt worden, zerfällt die Darstellung in einen allgemeinen und in einen besonderen Theil.

Der erste behandelt in neun Abschnitten

I. die richterliche Gewalt oder die Gerichtsbarkeit in bürgerlichen Angelegenheiten;

II. die Gerichte und deren Gliederung;

III. die Zuständigkeit der Gerichte oder den Gerichtsstand;

IV. die Parteien, ihre Vertreter und Beistände;

V. die Hauptstücke und Grundregeln des Streitverfahrens;

VI. die Formen und Regeln des Verfahrens im allgemeinen;

VII. die Stoffe des gerichtlichen Verfahrens;

VIII. die Beweisung;

IX. die Endbescheide.

Der *besondere* Theil behandelt das Verfahren in seiner vollständigen Gliederung in sechs Abschnitten:

I. *Das Streitverfahren bei den gewöhnlichen Gerichten erster Instanz* mit dreizehn Abtheilungen.

1) Das ordentliche Verfahren;

2) das summarische Verfahren;

3) die gerichtlichen Auseinandersetzungen — judicia mixta;

4) Verlöbniß-, Ehe- und Schwängerungssachen;

5) der Injurienproceß;

6) die Provocation auf schiedsrichterliche Entscheidung;

7) das Verfahren in vormundschaftlichen Streitsachen:

8) das Entmündigungsverfahren;

9) die Provocation auf Todeserklärung;

10) das Präclusionsverfahren;

11) die Nebensachen;

12) die Zwischenpunkte im Verfahren;

13) die Behandlung der Proceßschäden und Proceßkosten.

II. Das gerichtliche Zwangsverfahren;

III. den Subhastationsproceß;

IV. den Concursproceß;

V. die Rechtsmittel;

VI. die Eigenheiten des gerichtlichen Verfahrens bei Sondergerichten.

Das hier in seinen Grundzügen dargestellte System schließt sich im Ganzen an jenes an, welches der Verfasser seinem römischen und deutschen Civilproceßrecht zu Grunde gelegt hat; jedoch herrscht im letztern die Abstraction mehr vor als in dem gegenwärtigen, so sind z. B. dort im vierten Buch die Nebenpunkte im Proceß zusammen abgehandelt, während hier in der elften Abtheilung die Nebensachen und in der zwölften die Zwischenpunkte im Verfahren gesondert erörtert werden. Vom rein logischen Standpunkt aus wird die erste Behandlung gewiß den Vorzug verdienen, die zweite dagegen gewährt eine größere Anschaulichkeit, erleichtert damit das Verständniß und sichert eine mehr auf das Praktische und die concreten Verhältnisse gerichtete Auffassung der Sache. Dieser Gesichtspunkt tritt bei allen Abweichungen in dem System der beiden Darstellungen hervor, und in so fern erkennen wir in der letzten einen Fortschritt. Wir wollen noch eines hervorheben. In der früheren Darstellung ist das Executions- und Concursrecht im fünften Buche zusammen erörtert; allerdings wieder in zwei Titel — Executionsrecht und Concursrecht — geschieden; in dem vorliegenden Werke befassen sich drei verschiedene Abschnitte mit dem gerichtlichen Zwangsverfahren, mit dem Subhastationsproceß und mit dem Concursproceß, wovon der zweite um deßwillen getrennt ist, um das Verfahren hier umständlicher darstellen und zugleich die freiwillige Versteigerung mit umfassen zu können.

Heffters Werk ist um so verdienstlicher, als „die ausgezeichneten Werke von C. F. Koch für das erste Studium zu umfangreich und bei weitem mehr Hülfsbücher in der Rechtausübung selbst sind", und das „Handbuch der preußischen Civilrechtspflege mit Benutzung der Materialien ausgearbeitet von Dr. A. v. Daniels, Köln 1839", in dem allein erschienenen ersten Bande neben der Einleitung nur die drei ersten Titel der allgemeinen Gerichtsordnung umfaßt, nämlich: „I. Von den Personen, welche

vor Gericht klagen und belangt werden können; II. von dem Gerichtsstande; III. von der Pflicht der Parteien, die Instruction ihrer Processe persönlich abzuwarten; und inwiefern sie sich dabei rechtlicher Beistände oder Bevollmächtigter bedienen können."

v. Daniels hat sein Werk vielleicht etwas zu weitläufig angelegt; dasselbe enthält aber vortreffliche Erörterungen, welche auch für den gemeinen deutschen bürgerlichen Proceß von höchstem Werth und auf diesem Gebiete, weil nicht hinlänglich bekannt, zu wenig beachtet worden sind. Wir rechnen dahin insbesondere die in den Anmerkungen zu §. 86 S. 414 ff. enthaltenen Auseinandersetzungen über das Verhältniß der Thätigkeit des Richteramtes zu der Thätigkeit der Parteien bei Feststellung der unter das Recht zu subsumirenden Thatsachen, woselbst die Verhandlungsmaxime auf ihre wahre Bedeutung und auf ihren wahren Werth in bis jetzt nicht übertroffener, von Gesetzgebung, Theorie und Praxis nicht gebührend gewürdigter Weise zurückgeführt und insbesondere auf den Grund römischer und canonischer Gesetzvorschriften, dann der Anschauungen älterer Praktiker*) auf gehörige Ausübung des richterlichen Fragerechtes gedrungen wird.

Kehren wir nun zu Heffter zurück. Als besonders interessant auch für denjenigen, der nicht zur praktischen Anwendung des preußischen Proceßrechtes berufen ist, heben wir hervor die Erörterung über die Grundzüge des Streitverfahrens nach der allgemeinen Gerichtsordnung und nach der neueren Gesetzgebung, und über Umfang und Ausdehnung der richteramtlichen Befugnisse und Pflichten von S. 76—86, wovon wir im folgenden das Wesentlichste unter Rückbezug auf das was in der Einleitung S. 1 — 4 (Nr. I.) über den geschichtlichen Entwicklungsgang der preußischen Civilproceß-Gesetzgebung gesagt wird, mitzutheilen versuchen.

Die allgemeine Gerichtsordnung für die preußischen Staaten, in drei Theilen bestehend, von denen der erste im December 1794, der zweite und dritte im Juli 1795 im Drucke verkündigt wur-

*) Wir führen hier an *Mevius*, P. VII. dec. 155 „*ad judicis officium pertinet* omni modo et ope *indagare et adjuvare veritatem*, proque ea *non tantum admittere*, *quod adducitur*, sed simul indagare et *in lucem producere*, quod ad istam expedit.

den, hatte sich selbst die Ausführung folgender Grundgedanken zur Aufgabe gestellt:

I. Der Richter ist schuldig und befugt den Grund oder Ungrund der in einem Rechtsstreit vorkommenden erheblichen Thatsachen selbst und unmittelbar zu untersuchen und, so weit es zur richtigen Anwendung der Gesetze auf den vorliegenden Fall erforderlich ist, auf dem sichersten, nächsten und zugleich mindest kostspieligen Wege ins Licht zu stellen.

II. Die Parteien selbst sind schuldig, die zur Entscheidung ihres Streites gehörenden Thatsachen der Wahrheit und ihrem besten Wissen gemäß dem Richter vorzutragen, da niemand durch unerlaubte Handlungen seinen Vortheil befördern darf. Vorsätzliche Entstellung oder Verschweigung der Wahrheit wird daher mit Strafen geahndet. Beharrliche Weigerung sich über die vorkommenden Thatsachen auf Erfordern des Richters zu erklären, hat die Folge daß die Thatsache selbst ohne weitere Untersuchung für wahr oder nicht wahr angenommen wird, je nachdem es dem Erklärenden am nachtheiligsten ist.

III. Wenn eine erhebliche Thatsache geläugnet wird, so ist zwar vornehmlich derjenige Theil, welcher sich darauf gründet, dem Richter die Mittel anzuzeigen schuldig, durch welche die Wahrheit der Thatsache an den Tag gebracht werden könne; der Richter ist jedoch hieran allein nicht gebunden, sondern er hat das Recht und die Pflicht auch andere Mittel, die aus dem Vortrag der Partei und aus dem Zusammenhange der Verhandlungen sich ergeben, selbst ohne das ausdrückliche Verlangen der Parteien, zur Erforschung der Wahrheit anzuwenden.

IV. Der instruirende Richter muß alle Verhandlungen bei der Instruction in ein darüber abzuhaltendes Protokoll treulich und vollständig niederschreiben. Der Inhalt der schriftlichen Acten allein bildet die Grundlage der künftigen Entscheidung.

V. Förmliche Rechtsmittel sind vornehmlich nur zum Schutz des materiellen Rechtes gegen Endurtheile gestattet; sonst gibt es allein noch bei Verletzungen wesentlicher Bedingungen und Vorschriften für Verfahren und Urtheil einen außerordentlichen Rechtsschutz. Die Verhandlung bis zum Endurtheil selbst wird von den vorgesetzten Aufsichtsbehörden überwacht und nöthigenfalls geleitet.

Dem Rechtsgange selbst wurde zur Instruction der Sache

der Verlauf dahin vorgeschrieben, daß zuerst eine umständliche Erforschung des Klägers in Beziehung auf die Thatsachen und Beweise seines Anspruches und eine gleiche des Verklagten über die Richtigkeit der vom Kläger behaupteten Thatsachen und über den thatsächlichen Grund seiner Einwendungen einzutreten habe. Darauf folgte eine Gegeneinanderstellung der Parteien, um dadurch theils noch näher in den wahren Zusammenhang der Sache einzubringen, theils eine Vereinigung über streitige Thatsachen zu bewirken. Sodann wurde eine zusammenhängende Geschichtserzählung über die bei dem Rechtsstreite zum Grunde liegenden Thatsachen, soweit die Parteien darüber einig, aufgenommen unter Bemerkung der noch streitig gebliebenen Umstände und Absonderung der noch durch Beweise zu ermittelnden erheblichen Umstände (sog. status causae et controversiae). Dabei wurde ein Sühneversuch angestellt, und bei Fruchtlosigkeit desselben begann die Erhebung der vorhandenen Beweise über die streitig gebliebenen erheblichen Thatumstände, welche Instruction ohne nähere Begränzung so lange fortzusetzen war, bis der Grund oder Ungrund aller dabei vorkommenden erheblichen Thatsachen hinlänglich ins Licht gesetzt oder doch alle dazu vorhandenen Mittel erschöpft waren.

Bevor das richterliche Urtheil ergieng, war den Parteien freigestellt: rechtliche Ausführungen ihrer Ansprüche und Einwendungen selbst, oder durch ihre Beistände oder andere Rechtsgelehrte anzufertigen und binnen gemessener Fristen einzureichen.

Hiernach war es vornehmlich darauf abgesehen, die Verhandlung eines Rechtsstreites ganz unter die Leitung des Richters behufs möglichster Förderung von Wahrheit und Recht zu stellen; wobei indessen dem Richter folgende Gränzen gezogen sind:

a) er muß bei demjenigen thatsächlichen Rechtsverhältniß stehen bleiben, welches den Grund der Klage oder einer Einrede bildet;

b) er darf von seiner etwaigen Privatwissenschaft keinen Gebrauch machen;

c) er soll die Parteien nicht mit Abgabe von Erklärungen übereilen, nicht durch Suggestivfragen oder sonst zu Geständnissen verleiten und sich auch jeder bloß neugierigen oder unschick-

lichen Frage über Einzelnheiten enthalten, worauf es in der Sache nicht weiter ankommt;

d) er ist nicht befugt einer Partei, zumal wenn sie einen Rechtsbeistand hat und bei diesem keine Nachlässigkeit oder unlautere Absichtlichkeit in Unterlassung der Rüge zu besorgen ist, Rechtsausflüchte oder Rechtswohlthaten an die Hand zu geben, welche sie nicht ausdrücklich in Anspruch nimmt. Jedoch soll der Instruent, wenn einer mit keinem Beistande versehenen Partei nach dem vorliegenden Sachverhalt Rechtswohlthaten zu statten zu kommen scheinen, auf dergleichen Umstände von Amtswegen Rücksicht nehmen, die Parteien darüber näher vernehmen und die Voraussetzungen eines solchen Rechtsbehelfes festzustellen suchen.

Hat die Partei einen Rechtsbeistand oder Vertreter, so ist dieser nur bei etwaigem Zweifel über den Grund der unterlassenen Rüge zu befragen, ob er den Einwand erheben wolle oder nicht.

An diesen Grundzügen, als deren Zweck und Ergebniß Heffter S. 3 Note 1 „die Herstellung einer väterlich bureaukratischen Rechtspflege im Sinne der damaligen von strenger Gerechtigkeit durchdrungenen Pambasileia“ bezeichnet, hat aber die neuere Gesetzgebung nicht festgehalten, vielmehr ward „in leisen Fortschritten seit 1833 das Gebäude in seinen Grundlagen angegriffen und ihm eine neue Gestalt und Einrichtung gegeben; wobei man nur diejenigen Bestandtheile und Glieder bestehen ließ, die mit der neuen Einrichtung noch verträglich blieben.“

Besonders ist dieß geschehen durch die Verordnungen vom 1 Juni 1833 über den summarischen Proceß, vom 14 December 1853 über die Rechtsmittel, vom 4 März 1834 über die Execution, vom 21 Juli 1846 über das Verfahren in Civilprocessen, vom 7 April 1847 über die Oeffentlichkeit des Verfahrens, durch die Concursgesetzgebung von 1855.

Die neuere Gesetzgebung hat insbesondere von jeder Partei ganz bestimmte Erklärungen über die Thatsachen der gegenseitigen Angriffs- und Vertheidigungsmittel verlangt, sodann an die Stelle der protokollarischen Aufnahme eines Sach- und Rechtsbestandes einen mündlichen Vortrag des Sachbestandes durch einen Richter, sowie ferner eine Verhandlung der Parteien oder ihrer Rechtsvertreter vor dem erkennenden Gericht angeordnet und in allen diesen Vorkommenheiten die Ungehorsamsnachtheile ausge-

dehnt, indem sie schon von der Klagsbeantwortung einschließlich ab wegen bloß unterlassener Erklärung über einzelne Thatsachen eintreten sollen. Endlich hat die Gesetzgebung die Beobachtung von Rechtsgrundsätzen und von gewissen Proceßvorschriften im Verfahren durch eine bestimmtere Entwickelung der Rechtsmittel sichergestellt, während der Rechtsgang nach der allgemeinen Gerichtsordnung in mehr ungebundener Weise stattfand.

Hiedurch ist man nun zwar dem gemeinrechtlichen sog. Verhandlungsprincip ungemein nahe gekommen; indessen hat, wie S. 84 ff. näher erörtert wird, das preußische Richteramt im Ganzen noch immer den Charakter eines unausgesetzt selbstthätig über den Parteien stehenden, zugleich aber auch und eben deßhalb ihnen in großer Ausdehnung dienstbaren Amtes, eines — officium nobile et deserviens latissimum. Als allgemeine Gesichtspunkte, welche ihm, wie im Verfahren alten so auch noch neuern Styls, wiewohl im letzteren unter größerer Beschränkung, durch Parteirechte und Präjudicialtermine dienen dürfen, werden die Vorschriften angeführt:

daß die Processe, soweit es ohne Nachtheil der Parteirechte geschehen kann, abgekürzt und die Kosten möglichst gespart werden sollen;

ferner:

daß sich der Richter bemühen müsse, die Wahrheit der einem Rechtsstreite zum Grunde liegenden nicht verspäteten Thatsachen auf dem sichersten und nächsten gesetzlichen Wege zu ermitteln;

endlich:

daß auch bei der zweckmäßigsten Behandlung Rechtsstreite stets ein in der bürgerlichen Gesellschaft zu vermeidendes Uebel bilden, demnach der Richter sich bemühen müsse, sie durch gütliches Uebereinkommen beizulegen.

Als besondere willkürliche (discretionäre) Zuständigkeiten des Richteramtes werden S. 85 hervorgehoben:

a) das Recht, den Vormann des Klägers oder des Verklagten, den nächsten wie den entfernteren, er sey regreßpflichtig oder nicht, zur Vernehmung über die bei der Instruction vorkommenden Thatsachen, worüber von ihm eine nähere und zuverlässigere Auskunft als von der Partei selbst erwartet werden kann, vorladen

zu lassen und demselben, wenn er nicht etwa als Zeuge die Aussage verweigern könnte, durch die bei Zeugen üblichen Zwangsmittel zum Erscheinen, sowie zu den erforderten Erklärungen zu nöthigen; jedoch wird dieses Recht nur eben zur Aufklärung der Sache und ohne Störung des vorschriftsmäßigen Rechtsganges auszuüben seyn;

b) das Recht persönliches Erscheinen der Parteien oder einer von ihnen behufs eigener Erklärungen in geeigneten Fällen anzuordnen, und denselben oder ihren Vertretern und Rechtsbeiständen nähere Erläuterungen einzelner Punkte abzuverlangen;

c) das Recht zum gehörigen Verständniß des Streitverhältnisses einen Besicht zu veranstalten, auch Fachmänner dabei zuzuziehen, überhaupt der Beihülfe der letzteren sich zu bedienen, wenn die zuverlässige Beurtheilung von Thatsachen nähere Kenntniß einer gewissen Kunst oder Wissenschaft voraussetzt.

Es wurde hier die Darstellung Heffters über das Verhältniß des richterlichen Amtes zur Thätigkeit der Parteien um deßwillen so ausführlich gegeben, weil dasselbe für die Gesetzgebung über das Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten einer der wichtigsten Punkte und in der preußischen Legislation früher ganz eigenthümlich und zum Theil in geradem Gegensatz gegen das gemeine Recht aufgefaßt, in der neueren Zeit aber unter Anschluß an letzteres wieder wesentlich modificirt worden ist

Auf andere Theile des Werkes mit gleicher Ausführlichkeit einzugehen, müssen wir verzichten und uns auf einige Punkte beschränken, welche für die Fortbildung des Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten von besonderem Interesse sind. Wir heben folgende heraus.

Die neuere Gesetzgebung besteht auf einer schriftlichen Grundlegung durch Eingaben oder protokollarisches Vorbringen mit einer demnächst folgenden contradictorischen mündlichen (und in der Regel öffentlichen) Hauptverhandlung vor dem erkennenden Richter (S. 93 §. 77).

Dem richterlichen Amt ist in Beziehung auf den Beweis keine völlige Freiheit eingeräumt, vielmehr ist es im Verfahren an bestimmte Formen und Beweismittel, sowie bei Feststellung der Ergebnisse an ein gewisses Maß und an gewisse Beschaffenheiten der Beweisgründe gebunden. In einzelnen Fällen hat

jedoch das Gesetz einer freieren Beweisannahme Raum gegeben, namentlich in Ehetrennungs-, Schwängerungs- und Ehrenkränkungssachen S. 140 §. 117, vgl. mit S. 191. §. 160.

Soweit wegen Ehrenkränkung und leichter Mißhandlung dem Verletzten der bürgerliche Rechtsweg offen gelassen ist, hat der Richter unter Prüfung aller Beweise für die Klage und Vertheidigung nach seiner freien aus dem Inbegriffe der Verhandlung geschöpften Ueberzeugung unter Angabe der Beweggründe über Schuld oder Nichtschuld zu entscheiden, und im ersteren Falle die gesetzliche Strafe auszusprechen. Die thatsächliche Feststellung des Injurienrichters bleibt auch für die Berufungsinstanz maßgebend, wenn sie nicht durch neue Thatsachen oder Beweismittel von dem Appellanten angefochten wird und hierdurch nach dem Befinden des Appellationsrichters die Annahme des ersten Instanzrichters in Bezug auf Thatbestand und Thäterschaft eine Abänderung erleiden muß. S. 251 §. 212.

Die Nichtigkeitsbeschwerde steht als regelmäßiges Rechtsmittel zu:

1) gegen Appellationserkenntnisse ohne Ausnahme, soweit die Revision nicht Platz greift;

2) gegen Erkenntnisse erster Instanz, wogegen ein sonstiges Rechtsmittel nicht zu gebrauchen ist, vorausgesetzt daß der Processgegenstand den Werth von 50 Thalern übersteigt.

Als Beschwerde kann nur geltend gemacht werden die Verletzung einer wesentlichen Proceßvorschrift; die Verletzung eines Rechtsgrundsatzes, er möge auf einer ausdrücklichen Vorschrift der Gesetze beruhen, oder aus dem Sinne und Zusammenhange der Gesetze hervorgehen; oder die Anwendung eines solchen in Fällen, wofür es nicht gegeben ist.

Das höchste Gericht entscheidet nur über die angegebenen, an dasselbe gehörig erwachsenen Beschwerdepunkte und in dem Bereich derselben, indem es das in dem angefochtenen Erkenntnisse als feststehend angenommene Sachverhältniß zum Grunde legt, soferne nicht letzteres selbst d. h. eine Actenwidrigkeit Gegenstand des Angriffes ist.

Ist vorerst in der Sache noch eine neue Ausmittelung erforderlich, so wird bei begründeter Nichtigkeitsbeschwerde jene hiezu und zur nochmaligen Entscheidung durch eine dem vernichtenden

Urtheile angehängte Resolution mit rechtsverbindlicher Weisung an diejenige Instanz zurückgewiesen, in welcher die noch zu ermittelnden Umstände zuerst vorgebracht sind. S. 436 ff. §. 353 ff. vgl. mit S. 74 §. 62, insbesondere Note 5, wo die einschlägigen Bestimmungen auch kritisch beleuchtet sind.

Von besonderm Interesse ist der Abschnitt über den Concursproceß (S. 383—415), indem die Legislation durch die Concursordnung vom 8 Mai 1855 unter gänzlicher Umgestaltung der bisherigen Gesetzgebung einen sehr erheblichen Schritt gethan hat, um durch ein mit größerer Biegsamkeit und Leichtigkeit versehenes Verfahren zur schnelleren Erreichung des Zieles zu gelangen, welches dahin gesetzt ist: die Rechtsverfolgungen gegen denselben Schuldner zusammenzuziehen, eine gemeinsame Fürsorge für diejenigen Gläubiger welche sich daran betheiligen wollen oder nicht unberücksichtigt bleiben dürfen, zu treffen und zugleich unwahre und unredliche Ansprüche zu beseitigen, sowie die mit einzelnen Forderungen gesetzlich verbundenen Vorrechte geltend zu machen.

Auch hier ist wesentlich der Plan der Schrift festgehalten, vor allem die Grundlage und Kernbestimmungen darzustellen, und diesem Plan ist hier wie allenthalben die kurze, deutliche und bündige Fassung des Inhaltes entsprechend.

Schließlich wollen wir noch anführen daß Heffter im Vorwort (S. VI.) die Ansicht ausspricht, über kurz oder lang werde man doch zur Anfertigung einer neuen Gerichtsordnung trotz aller Scheu vor der sogenannten Codification schreiten müssen, und man werde es ohne große Schwierigkeit thun können wenn man zumal erst noch durch Einzelngesetze in gewissen erheblichen Stücken, namentlich in Betreff des Beweises und der Rechtsmittel, einen sicheren Boden gewonnen haben werde.

Zu 4). Die Absicht Sarwey's geht dahin, den Anfängern in der Praxis ein Werk in die Hand zu geben, durch welches es ihnen möglich würde, sich die für die praktischen Functionen ihres Berufes besonders für die Bearbeitung von Rechtsfällen erforderliche Einübung selbst und ohne fremde Anweisung und Nachhülfe zu verschaffen. Zu diesem Zweck wurden einige Civilrechtsfälle gesammelt, welche der Candidat für sich bearbeiten soll, wozu er bloß so viel Anleitung, um alles durch eigene Kraft zu vollführen, dann aber auch das Mittel erhält, seine eigene Arbeit zu prüfen

und zu verbessern. Es wird ihm zu diesem Ende Material, Anleitung und Auflösung getrennt in die Hand gegeben.

Das Actenmaterial, Parteiverhandlungen, Urkunden und sonstige factische und processuale Grundlagen werden bald gerade so mitgetheilt, wie sie die betreffenden Acten enthalten, bald, wo dieß zu viel Raum erfordert hätte und die Natur des Falles es erlaubte, in Auszügen und Abkürzungen, welche jedoch nirgends dem Zweck im Wege stehen, daß der Bearbeiter alles Wesentliche selbst schöpfen und verarbeiten lernen möge.

Unter dem Titel „Analyse des Rechtsfalles" folgt hierauf eine absichtlich so allgemein wie möglich gehaltene Andeutung des Weges, welcher bei der Bearbeitung des Falles einzuschlagen ist.

Unter dem Titel „Synthese des Rechtsfalles" wird sofort die Auflösung gegeben, theils durch Reflexionen und Ausführungen über die Fragen und Grundsätze, welche bei der Entscheidung des Falles zu beachten sind, theils durch Mittheilung der von den betreffenden Gerichten wirklich ausgesprochenen Entscheidungsgründe.

Dazu kommt noch der vorangestellte allgemeine Theil. Dieser enthält:

1) eine Einleitung über die Beziehung der vorliegenden Aufgabe zu den Normen des Rechts und Verfahrens. Hier ist besonders eine übersichtliche Darstellung der in Württemberg geltenden Rechts- und Proceßgesetzgebung zu finden, die auch ein selbständiges Interesse für diejenigen darbietet, welche einen allgemeinen Ueberblick über die württembergischen Rechtszustände zu erhalten wünschen;

2) eine kleine Sammlung allgemeiner Thesen über Bearbeitung von Rechtsfällen, meist praktische Handgriffe enthaltend, welche, um häufige Wiederholungen zu vermeiden, besonders zusammengestellt wurden.

Dieses ist der Plan, den wir mit Rücksicht auf den vorgesteckten Zweck als vollkommen angemessen bezeichnen müssen, sowie wir auch keinen Anstand nehmen, die Ausführung als eine gelungene anzuerkennen. Aus der obenberührten Einleitung heben wir eine Erörterung als von besonderem und allgemeinerem, über Württemberg hinausgreifendem Interesse hervor, den Abschnitt F. „Zur Auffassung der Begränzung der Civilproceßsachen und Competenz der Gerichte gegenüber von Administrativrechtssachen und Administrativjustiz mit

besonderem Hinblick auf Württemberg". S. 53 ff. Es handelt sich hier nach der Ansicht des Verfassers um nichts weiteres, als die Richtungen zu bezeichnen, in welchen man bei der Behandlung von Civilrechtsfällen den der Administrativjustiz zufallenden Fragen begegnet, um Winke über die Abgränzung des beiderseitigen Gebietes zu geben. Die Schwierigkeit der in Frage stehenden Materie liegt nach S. nicht sowohl in Abscheidung der Zweige und Kategorien an sich, welche der Verwaltungsjustiz anheimfallen, sondern die Zweifel beginnen da, wo bei einer und derselben Sache neben der öffentlich-rechtlichen Begründung eines Rechtes oder einer Verbindlichkeit auch ein Verhältniß besteht, welches eine privatrechtliche Seite hat; dieses Verhältniß eines Zusammentreffens von öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Entscheidungsmomenten wird, als das Problem hauptsächlich berührend, näher in das Auge gefaßt und an einzelnen Fällen beleuchtet. Als leitendes Princip wird aufgestellt, daß, soweit ein Anspruch auf das öffentliche Recht gestützt wird, nur die Administrativjustizbehörde, soweit er auf einen privatrechtlichen Grund gestützt wird, nur das Gericht competent ist, und daher eine Trennung der Verhandlung und Entscheidung der beiderlei Streitpunkte einzutreten habe. Dabei wird empfohlen, bei Fällen, wo irgend nach der Natur des Streites Collisionen denkbar sind, sich gleich von vornherein die Sache recht klar zu machen, und besonders die streitenden Theile, welche gar häufig durch unklares und unbestimmtes Vorbringen Anlaß zu Verschiebungen der Sache geben, zu gehöriger Entwickelung und Begründung ihrer Anträge anzuhalten, indem sonst die Zweifel und Anstände erst hervortreten und geltend gemacht werden, wenn bereits ein oder gar mehrere Erkenntnisse vorliegen, und sich nun erst bei der hiedurch hervorgerufenen Erörterung und Prüfung ergibt, daß und wo auf der einen oder der andern Seite zu weit gegangen wurde.

Als sehr gelungen müssen wir auch die gedrängte Darstellung des württembergischen Processes S. 26 ff. bezeichnen; wir heben folgendes hervor.

Die hauptsächlichste Abweichung des württembergischen Verfahrens von dem gemeinrechtlichen ergibt sich im Beweisverfahren in Folge der Bestimmung daß keine den Proceßgang betreffenden

Bescheide in Rechtskraft übergehen und also auch in der Regel keine eigentlichen Beweiserkenntnisse gesprochen werden.

Sarwey rühmt es (S. 32), daß hiernach zur großen Vereinfachung des Verfahrens eine und dieselbe Sache in der Regel bloß einmal den Instanzenzug zu durchlaufen habe.

Grundsatzgemäß soll in dem Verfahren die Instructionsmaxime herrschend seyn. Der Richter soll, wenn er einmal durch das Anbringen der Klage aufgerufen ist, für den unzweifelhaften Zweck der Partei von Amtswegen eine Thätigkeit entwickeln, welche hauptsächlich auf Extrahirung klarer, bestimmter und vollständiger Erklärungen der Parteien gerichtet seyn soll, aber fast bis zu derjenigen eines Rechtsfreundes ausgedehnt werden kann; denn der Richter darf zum Beweis alle Mittel benützen, deren Anwendung die Partei selbst von ihm hätte begehren dürfen; sein Erkenntniß ist nicht durch bestimmte Anträge der Parteien bedingt, er hat vielmehr denselben alles zuzuerkennen, was ihnen nach dem Resultat der Verhandlungen rechtlich gebührt, wenn auch nur im allgemeinen darum gebeten ist; und er darf sogar Einreden von Amtswegen ergänzen, wobei übrigens die allgemeinen Grundsätze, daß nicht auf Momente hin welche nicht in den Acten liegen, worüber die Parteien nicht gehört sind, erkannt werden kann, und dergleichen aufrecht erhalten sind. Die Aufstellung dieser Maxime hat jedoch, wie S. bemerkt, keine sehr hervorstehenden Reflexe in der Praxis erhalten, indem einestheils der Richter wieder durch manche neben der Maxime selbst hinziehende, dieselbe wieder theilweise paralysirende gesetzliche Bestimmung zurückgehalten ist, anderntheils das schriftliche Verfahren es nicht zu einer regen Entwicklung eines solchen Eingreifens kommen läßt.

Was die „allgemeinen Thesen", die „Sätze und Regeln allgemeinen Inhalts für den Handgebrauch bei Bearbeitung von Civil-Rechtsfällen" betrifft, so hat der Verfasser S. XXVI sich dahin ausgesprochen, daß die besten allgemeinen und besonderen Regeln nicht viel helfen, wenn sie nicht mit Beziehung auf einen concreten Fall aufgefaßt und angewendet werden; daß sich überdieß nicht einmal viele solcher Regeln geben lassen, und daß sie desto mehr ihren Zweck verfehlen müssen, je vollständiger und deutlicher man sie zu geben versucht, weßhalb specielle auf den gegebenen Fall bezügliche Anweisungen ertheilt werden müssen.

Für die juristische Praxis gilt ebenso gut wie für die medicinische:

„Was man nicht weiß, das eben brauchte man,
„Und was man weiß, kann man nicht brauchen."

Die geforderte specielle Anweisung wird in dem dritten Heft „Analyse" gegeben, welches Andeutungen über den bei Bearbeitung der einzelnen Uebungsfälle einzuschlagenden Weg bietet.

Die allgemeinen Thesen haben nach der Bemerkung des Verfassers bloß den Zweck, denen, welche sich für die Aufgabe der Entscheidung von Civilrechtsfällen einüben wollen, mit einigen allgemeinen Regeln und Winken — so zu sagen praktischen Handgriffen — zu Hülfe zu kommen; sie sollen keineswegs eine erschöpfende Anweisung auch nur über die allgemeinen Regeln für die Behandlung der in Frage stehenden Aufgabe enthalten, sondern beschränken sich auf solche Sätze, welche bei den für die einzelnen Rechtsfälle gegebenen Anweisungen häufig hätten wiederholt werden müssen. Klarheit, Einfachheit, Kürze und praktischer Gehalt zeichnen auch diesen Theil aus.

Wir heben einiges wegen des allgemeinen Interesses aus. „Im allgemeinen ist zu empfehlen, sich bei diesen Operationen (vorläufige Aneignung des Factums in Umrissen und Bildung einer noch nicht festzustellenden Ansicht über die Auffassung der entscheidenden factischen Momente) zunächst durch eine gesunde Logik und den natürlichen, durch allgemeine Rechtsgrundsätze ausgebildeten Rechtstact leiten zu lassen, und dann erst die Prüfung an der Hand des Positiven vorzunehmen (S. 83)."

„Bei der Function des Richters ist es Grundsatz der Praxis (der aber, fügen wir bei, leider nicht allenthalben beachtet wird), sich durchaus auf diejenigen factischen und rechtlichen Entscheidungsmomente zu beschränken, welche wirklich nothwendig sind, um die Entscheidung zu finden und zu begründen, und da häufig verschiedene Entscheidungsmomente vorliegen, von welchen das eine oder das andere gleich gut ausreicht, diejenigen, welche am wenigsten Zweifel darbieten und auf dem einfachsten Wege zum Ziele führen, also namentlich solche welche keine weitere Verhandlung, z. B. Beweisverfahren, nöthig machen (wir fügen bei: und keiner weitern Anfechtung durch außerordentliche Rechtsmittel, z. B. Restitution, Nullitätsquerel, die bereits angedeutet wurden

oder nahe zu liegen scheinen, ausgesetzt sind). Dieser Grundsatz ist wohlbegründet, hauptsächlich deßhalb, weil eine Erörterung nicht unumgänglich nothwendiger Entscheidungsmomente dadurch nachtheilig werden kann, daß hiedurch der Entscheidung anderer Streitigkeiten, welche unter denselben oder andern Parteien entstehen können, vorgegriffen werden könnte, und es insbesondere nicht wünschenswerth ist, daß für streitige Rechtsthesen eine Entscheidung früher ertheilt wird, als dieß durchaus nothwendig ist, indem eine solche Entscheidung an der Hand eines einzelnen Rechtsfalls in der Regel weniger sicher seyn wird, als wenn die Frage in mehreren Rechtsfällen mit verschiedenen factischen Beziehungen und rechtlichen Ausführungen vorgekommen ist, und dann erst mit Beachtung aller die Entscheidung erfolgt. Auch ist wohl zu beachten daß unter den verschiedenen Entscheidungsmomenten immer einzelne schwächere sind, welche, wenn sie neben den anderen gebraucht werden, den Eindruck der stärkeren schwächen und der Entscheidung das Ansehen geben, als ob der Richter selbst den letzteren nicht volles Vertrauen geschenkt hätte."

Sarwey bemerkt im Vorwort (S. XXIII) daß die neuerlich in Uebung gekommene Methode, die Auflösung von Rechtsfällen mit Pandektenvorlesungen zu verbinden, als von einer ganz andern Richtung ausgehend, so entschiedenes Anerkenntniß dieselbe auch verdient, eine wirkliche, vollständige, auch die gerade mit den größeren Schwierigkeiten verbundene processuale Seite berücksichtigende Bearbeitung von Rechtsfällen, das vor alten Zeiten auf den Universitäten eingeführte Collegium eines Practicums nicht ersetze und das in vielen Ländern eingeführte Institut von Probediensten den mit dem alten Practicum verbundenen Zweck nur höchst unvollkommen erreiche, weil die Collisionen mit den Verhältnissen und Forderungen des Dienstes überall hindernd im Wege stehen und gerade die wesentlichste Bedingung, eine gehörige Anleitung, in den seltensten Fällen zu erhalten ist. Wir theilen diese Ansicht vollkommen, und fügen noch bei daß auch die hie und da vorkommende Verbindung praktischer Ausarbeitungen mit den Vorlesungen über den Proceß uns nicht genügend erscheint.

Bei der Anknüpfung einer praktischen Ausarbeitung an eine eben behandelte Lehre des Processes wird dieselbe zu sehr nur von der einzelnen Seite eben dieser Lehre aufgefaßt, während die

wahrhaft praktische Auffassung von dem Standpunkte des ganzen Processes ausgehen muß, und daher erst dann erwartet oder begreiflich gemacht werden kann, wenn der Zuhörer bereits die ganze Theorie des Processes sich angeeignet hat.

Es ist sohin eine keineswegs erfreuliche Erscheinung daß während für andere wissenschaftliche Gebiete auf den Universitäten neue praktische Institute, wie historische Seminarien und dergl. ins Leben treten, das früher fast allenthalben übliche Collegium über juristische Praxis in den letzten Zeiten beinahe gänzlich verschwindet.

Der Verweisung derartiger Uebungen auf die Probedienste steht außer der oben bemerkten, von Sarwey geltend gemachten Erwägung die weitere entgegen, daß dortselbst nur die praktische Seite hervorgehoben wird, während es gerade auf die innere Vereinigung der Wissenschaft und praktische Anschauung und ihre wechselseitige Beziehung ankommt, welche eben von der Universität zu erwarten ist.

Auf eine andere Lücke des Universitätsunterrichtes wollen wir bei dieser Gelegenheit aufmerksam machen. Fast überall vermissen wir Vorträge über gerichtliche Beredsamkeit. Wenn wir nun auch gerne mit Schiller*) annehmen daß der Mangel an Darstellungsgabe, im ganzen der deutsche Nationalfehler, sich wenigstens einem deutschen Zuhörer gegenüber durch die deutsche Tugend der Gründlichkeit und des redlichen Ernstes compensire; wenn wir auch einer Anleitung zur gerichtlichen Beredsamkeit als Motto die Worte vorsetzen würden:

„Es trägt Verstand und rechter Sinn
„Mit wenig Kunst sich selber vor";

so bleibt doch immer zu beklagen, daß einer zweckmäßigen Darstellung bei der jetzt theilweise fast überall eingeführten öffentlichen und mündlichen Verhandlung der Rechtssachen vor Gericht von Seite der Universitäten so wenig Vorschub geleistet wird. Als die Einführung der öffentlichen und mündlichen Verhandlung der Rechtssachen in mehreren deutschen Staaten vor nun fast einem

*) Briefwechsel zwischen Schiller und Goethe. 2te Ausg. 2. Bd. S. 420.

halben Jahrhundert in Folge der Fremdherrschaft geschah, war dieses anders, wie aus Zachariä's Anleitung zur gerichtlichen Beredsamkeit, Heidelberg 1810 Vorrede S. V, zu ersehen ist. Hinter jenen Zeiten sollten wir aber doch nicht zurückbleiben.

Dr. Lauk.

XI.

Die Prästation unmöglicher Leistungen.

Friedrich Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht. Erste Abtheilung: Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluß auf obligatorische Verhältnisse. Braunschweig, C. A. Schwetschke und Sohn (M. Bruhn), 1853.

Windscheid, Recension obigen Buches in der Heidelb. krit. Zeitschr. Bd. II. S. 106 fg.

Wenn wir im voraus bemerken daß der Verfasser obiger „Beiträge" durch die nunmehr sämmtlich erschienenen Abtheilungen hindurch (Zweite Abth.: Interesse —, Dritte Abth.: Mora —) dem heutigen römischen Rechte u. E. sehr wichtige Dienste geleistet hat, wird es nicht als feindselig erscheinen daß wir uns etwas bei dem Titel dieser ersten Abtheilung, und auch einigermaßen über ihn aufhalten. Wie kann die Unmöglichkeit der Leistung, die doch ein Nichts ist, von Einfluß seyn? Entweder ist bei unmöglicher Leistung keine Obligation da, dann ist auch nichts da worauf die Unmöglichkeit der Leistung von Einfluß seyn könnte; oder aber es ist trotz der unmöglichen Leistung eine Obligation da, dann ist diese durch etwas ganz anderes, als durch die Unmöglichkeit der Leistung da. So wenig auferbaulich also jener Titel an und für sich seyn möchte, würden wir gleichwohl an ihm vorübergegangen seyn, wenn er für die Lehren, welche unter ihm vorgetragen werden, so ganz gleichgültig wäre. Nun scheint uns aber für dieselben gleich das nicht ganz gleichgiltig, daß sie unter einem solchen Titel keinen bestimmten Platz im Systeme einnehmen werden. Das System ist nicht etwa bloß ein Ganzes im Gegensatz

zu den Theilen, Einheit im Gegensatz zum Vielerlei, sondern vor allem Positives im Gegensatz zum Negativen, Ausscheidung des Unmöglichen, Unwahren, der Phantasterei, Ansammlung des Festen, Haltbaren, Wesenhaften.

Unter den positiven Gedanken und Dingen des Systems findet sich aber weder ein Einfluß der Unmöglichkeit der Leistungen, noch diese selbst.

Wollten wir Umschau halten, wo denn die vom Verfasser behandelten Lehren in den Compendien vorzukommen pflegen, so würde sich vielleicht zeigen daß es auch in diesen an einem beruhigenden Ausgangspunkte für dieselben fehlt; statt dessen wird es aber besser seyn, lieber gleich den Punkt zu bezeichnen, von welchem u. E. Mommsen hätte ausgehen sollen. Dieses ist, wenn wir nicht irren, das „praestare oportere" der römischen Rechtssprache.

So sicher man von jeher sagen konnte, was das „dare, facere oportere" bedeute, so unberathen war man bezüglich des „praestare oportere". Zwar hatte vor längerem Huschke*) nach unserer Einsicht richtig gedeutet; nun aber Huschke nicht zu denjenigen gehört, welchen man alles glaubt, scheint seine Stimme spurlos verklungen. Derselbe macht geltend daß „praestare" ein „dafür einstehen" sey. Wem ein praestare obliegt, der hat, wie wir auch sagen können, etwas zu „vertreten." Vor allem hat derjenige, welchem ein dare, facere obliegt, nebenher noch eine Prästationspflicht: er muß dafür einstehen daß was er zu geben oder zu thun hat, auch wirklich, rechtzeitig, am rechten Ort u. s. f. gegeben und geleistet werde, und kann, wenn alles dieses nicht der Fall ist, dafür aufkommen müssen, — mit seinem Gelde nämlich. So steht das praestare oportere als eine eventuelle Verpflichtung hinter dem dare oportere, gerade so wie die Geldcondemnation selbst heute noch im Hintergrunde der verschiedensten Verpflichtungen steht. Dann kommt ein praestare oportere aber auch ohne vorhergehendes dare, facere oportere, als Schadensersatzpflicht zufolge Delict und delictsartiger Handlungen, vor**); der Zusammenhang mit jenem ersteren praestare oportere scheint der, daß auch hier eine Verpflichtung zur Vornahme

*) Zeitschrift f. g. R. W. Bd. XIII. S. 251.

**) S. Savigny, Syst. V. S. 600.

oder Unterlassung von Handlungen vorausgeht; nur ist sie kein oportere, keine obligatio, sondern auf allgemeinerem Gebote oder Verbote des Rechtes gegründet. Wenden wir uns von hier aus zu den unmöglichen Leistungen als dem möglichen Gegenstande von Contracten und Vermächtnissen — in anderen Quasicontracten und in Delictsobligationen sind sie nicht denkbar*) — zurück, so eröffnet sich folgende Möglichkeit:

Entweder bestund vornherein eine obligatorische Verpflichtung zu dem unmöglichen — vielleicht erst unmöglich gewordenen — dare, facere (ein dare, facere oportere): dann ist ein praestare oportere in der ersteren Richtung denkbar, als Vertretung des unmöglichen, oder unmöglich gewordenen dare, facere; — oder es bestund vornherein keine Verpflichtung zu dem durch Contract oder Vermächtniß gebotenen dare, facere: dann ist eine Prästationspflicht als Vertretung eines schuldigen dare, facere nicht denkbar; allein es bleibt übrig zu fragen, ob nicht vielleicht der eine oder andere durch Contrahirung einer unmöglichen Leistung den anderen hintergangen, geschädiget, und also jenes andere praestare oportere, Vertretung des gestifteten Schadens verwirkt habe. Ueberall hier ist die Prästationsschuld selbst eine obligatio, und da sie bald delictsartigen, bald contractlichen Ursprung hat, auf die gemeinen Gründe aller Obligationen gebaut**). Die Unmöglichkeit der Leistung ist wohl mit unter den Umständen, unter welchen hier eine Obligatio vorkommt, aber nicht ihr Grund. Haftet der Promissor eines verlebten Sklaven, so kann der Umstand, daß er ihn versprochen oder daß er ihn getödtet — es kann Betrug und Todtschlag, niemals der Tod oder das Todtseyn Ursache der Obligatio seyn. Haftet er aber nicht, so wird es an irgend einem Erforderniß wirksamer Contracte gefehlt haben, etwa an einem Gegenstande — res; jedenfalls an einem Grund zur Prästationspflicht. Kurz was Mommsen unter dem „Einfluß der Unmöglichkeit" wie eine eigene Lehre des Obligationenrechts zu behandeln scheint, möchte sich, positiv gefaßt, in die Grundlehren des Obligationenrechts auflösen — und zwar in die Lehre vom dritten Stand im Obligationenrecht — vom praestare oportere.

---

*) S. Mommsen a. a. O. S. 105.

**) Vgl. mein Lehrb. der Pand. 1. Abth. S. 589. §. 137.

Wir würden Mommsens Buch betitelt haben etwa als die „Lehre von der Prästationspflicht bei unmöglichen Leistungen."

Niemand wird läugnen daß die Unmöglichkeitslehre dergestalt einen möglicheren Standpunkt bekommen hätte; aber auch der Gang der Entwickelung würde sich von da aus leichter gefunden haben, als es bei Mommsen der Fall ist. Denn während dieser zuerst die Unmöglichkeit der Leistungen an sich (Cap. I. §. 1 — §. 10), und dann, fast zu wenig theoretisch, deren „praktische Behandlung" folgen läßt (Cap. II. und III. §§. 10 — 33), hätten wir uns wohl auch bemüht, den Begriff unmöglicher Leistungen vornherein festzustellen; sofort aber hätte sich uns die Frage nach den Gründen aufdrängen müssen, aus denen es bei derartigen Unmöglichkeiten dennoch zu einer Obligation kommt, oder zu nichts.

So viel über einen bloßen Titel. Indem wir nun aber der Sache selbst näher zu kommen trachten, möge es uns vergönnt seyn, die Betrachtung von unserem Gesichtspunkt aus, und in unserem Gedankengange weiter zu führen, also

I. von der Unmöglichkeit der Leistungen

II. von deren „praktischer Behandlung", d. i. Prästation und Nichtprästation — zu handeln.

ad. I.

Des Verfassers Topik in Betreff der unmöglichen Leistungen liegt in seinen „Gränzen der Unmöglichkeit" (§§. 2 — 10). Hier, innerhalb dieser Gränzen, liegt die Unmöglichkeit; abgegränzt nicht nur von dem Möglichen, sondern auch von der „uneigentlichen" Unmöglichkeit. Innerhalb der aufgesteckten Gränzen liegt nicht überhaupt die Unmöglichkeit, sondern nur die „wahre Unmöglichkeit." Und worin nun scheidet sich die „wahrhaft" unmögliche Leistung von der uneigentlich möglichen, und worin die uneigentlich unmögliche von der eigentlich möglichen? Eine Definition der unmöglichen Leistungen überhaupt findet sich bei Mommsen nicht; und insoferne es sich doch von selbst zu verstehen scheint, was möglich, was unmöglich sey, wollen wir ihm daraus keinen Vorwurf machen. Wenn er dagegen zur Begränzung der wahren Unmöglichkeit davon ausgeht, daß impossibilium nulla obligatio, an eine „wahre" Unmöglichkeit also nur da zu denken sey, wo der betreffende Contract, Quasicon-

tract nichtig ist — wenn er also in der Nichtigkeit des Geschäftes den Maßstab für die Definirung der Unmöglichkeit, überdieß der „wahren" Unmöglichkeit findet, so möchte das doch etwas gar zu experimentell, und zuletzt doch eine trügliche Probe seyn; unter anderem deswegen weil es Nichtigkeiten gibt, die nicht aus Unmöglichkeit entspringen. Darob ist Mommsen denn auch schon von Windscheid getadelt worden (S. 107 unten).

Ferner hat diese Definitionsweise allerlei Nachtheile im Gefolge; vor allem den, daß man dasjenige, was letztes Ziel oder Ergebniß der Untersuchung seyn sollte — Nichtigkeit des Geschäftes — zur ununtersuchten Grundlage des ganzen Gebäudes macht; daß die genauere Verfolgung der Unmöglichkeitsgränzen, indem sie sichtet und schichtet, in welchen Classen und Fällen einer möglichen Unmöglichkeit das Geschäft nichtig sey (§§. 2 — 10), der „praktischen Behandlung" vorgreift, und umgekehrt letztere sich ebensoviel mit der vielleicht unpraktischen Unterscheidung der wahren und uneigentlichen Unmöglichkeit als mit der wahrhaft juristischen Bedeutung des Unmöglichen überhaupt sich abgeben muß.

Das einzige, womit Mommsen in den Begriff und die Definition der Unmöglichkeit an und für sich hinüberstreift, sind die „Arten" derselben, wie er sie einleitungsweise in §. 1 aufstellt. Bevor wir uns aber auf diese Unterscheidungen einlassen, soll wo möglich das Allgemeinere des Dinges klar werden: denn für so ganz überflüssig halten wir die Frage, was möglich, was unmöglich sey, denn doch nicht.

Gewiß ist aber der Begriff des Unmöglichen nur die Kehrseite von dem des Möglichen; nicht minder gewiß, daß der Begriff des Möglichen den des Gesetzes voraussetzt, wornach etwas seyn kann, oder nicht seyn kann. Wir wollen uns nicht in die Frage verlieren, was alles für ein Seyn, und durch was für Gesetze seine Möglichkeit sich bestimme oder bestimmt werde: genug daß es auf dem Gebiete unserer „Leistungen" — des dare, facere praestare — zweierlei Gesetze sind, nach denen sich Seyn oder Nichtseyn, Möglichkeit oder Unmöglichkeit bestimme. Wir meinen die zwei Gesetze der Natur und des Rechts*). Alle Leistungen haben irgend eine natürliche Wirkung, und sind also nicht ohne natür-

*) Vergl. l. 35 pr. D. v. o. (45, 1).

liche Kraft oder Macht, und eben darum nur innerhalb der Naturgesetze möglich. Manche von ihnen haben aber auch eine übersinnliche, und zwar rein rechtliche Wirkung (Rechtsgeschäfte), setzen also überdieß eine rechtliche Kraft oder Macht voraus, die nur nach dem Gesetze des Rechts denkbar und möglich ist. Dabei muß wohl unterschieden werden zwischen einem Gesetz nach dem etwas unmöglich, und einem Gesetz nach dem etwas bloß verboten ist. Das Verbotene ist noch nicht unmöglich. Sind gemeine (bloß natürliche) Handlungen verboten, so sind diese vom Gesetze des Rechts aus niemals unmöglich, weil die Macht der natürlichen Möglichkeit nicht im Rechte liegt. Sind Rechtsgeschäfte verboten, dann kommt es erst auf den Willen des Gesetzes an: ob es lex perfecta oder imperfecta *) sey. Darnach ist es denn auch richtig daß das sittlich Verbotene nichts unmögliches sey, und daß man also, so sehr auch das sittlich Verbotene im Rechte gleich dem Unmöglichen behandelt werde, von keiner moralischen Unmöglichkeit reden könne (Mommsen S. 4).

So fällt die Definition des Unmöglichen mit dem Inhalt gewisser Gesetze, die der unmöglichen Leistungen mit den Gesetzen des Rechts wie der Natur zusammen. Was insbesondere von Rechtswegen unmöglich ist, muß zum Theil ausdrücklichen Bestimmungen, perfecten Verboten, kurz denjenigen Gesetzen entnommen werden, welchen dieser Name vorzugsweise beigelegt wird; in ungleich größerem Umfange dagegen aus Sätzen, die vielleicht noch gar nicht oder nur von der Wissenschaft ausgesprochen sind: denen nicht der Name des oft willkürlichen, veränderlichen, statt dessen aber das Wesen des in Nothwendigkeit ruhenden Gesetzes eigen ist.

So weit über den Begriff unmöglicher Leistungen. Was aber ihre verschiedenen Arten und Eintheilungen anlangt (Mommsen S. 3 — 4), so ist nach obigem keine gegründeter als die der natürlichen und rechtlichen Unmöglichkeit. Bedenklicher scheint uns sofort die Unterscheidung absoluter und relativer Unmöglichkeit der Leistung, z. B. zwischen dem Falle da ein hippocentaurus, und dem da ein bereits verstorbener Sklave versprochen ist. Nach dem Muster Savigny's (Syst. III. S. 164) findet Mommsen den Grund der Unmöglichkeit dort „in der Natur der

---

*) Ulp. tit. 1 §. 2.

Leistung an sich", hier erst „in besonderen Umständen des concreten Falles" begründet, und baut hierauf den Unterschied des Relativen und Absoluten. In der That bemerken auch die Quellen einen Unterschied: si quis rem, quae in rerum natura ***non est*** aut ***esse non potest***, dari stipulatus fuerit, veluti Stichum, qui mortuus sit . . aut hippocentaurum (§. 1 J. inut. stip.); überdieß einen Unterschied im Sinne Mommsens, da in „Nichtseyn" und „Nichtseynkönnen" etwas von Absolutem und Relativem zu stecken scheint. Hingegen darf nicht übersehen werden, einmal daß die Quellen diesen Unterschied nicht bezüglich der Leistung (dari), sondern nur ihres Gegenstandes (res) machen; dann daß sie denselben überhaupt nicht innerhalb der Unmöglichkeit, sondern innerhalb des Nichtseyns machen: innerhalb der Dinge die nicht sind, wird unterschieden zwischen solchen die seyn könnten, und solchen die nicht seyn könnten — also zwischen Möglichkeit und Unmöglichkeit, nicht zwischen absoluter und relativer Unmöglichkeit. Sehen wir aber von den in Fragen dieser Art ja doch nicht zwingenden Quellen ab, so scheint es ebenso absolut, so an und für sich unmöglich, einen todten Sklaven (als lebendig) zu geben, als einen Hippocentauren beizuschaffen. Wegen ihrer praktischen Unerheblichkeit dürfen wir übrigens diese Frage aussetzen.

Wichtiger, ja wichtig ist es, ob auf dem Gebiete der unmöglichen Leistungen der Unterschied objectiver und subjectiver Unmöglichkeit bestehe, wie Mommsen, wiederum nach dem Muster Savigny's (Oblig. R. I. S. 384), und mit ihm so mancher, wie es scheint auch Windscheid, annimmt: je nachdem die Unmöglichkeit nämlich „ihren Grund in dem Gegenstand der Obligationen an sich, oder in den rein persönlichen Verhältnissen des Schuldners oder in dessen Verhältniß zu dem Gegenstand der Obligation hat" (Mommsen S. 5). Als Beispiel zu dem rein persönlichen Verhältniß des Schuldners wird der Fall aufgeführt, da der Schuldner das schuldige Geld nicht aufzutreiben vermag (l. 137 §. 4. D. v. o.); als eine Unmöglichkeit aus dem Verhältniß zum Gegenstand aber das mangelnde Commercium an der zu leistenden Sache zu betrachten seyn. (Vergl. Mommsen S. 95) Gerade dieser letztere Fall zeigt die Wichtigkeit der gegenwärtigen Frage. Denn wie z. B. der Kauf einer solchen Sache zu behandeln sey, bestimmen die Quellen selbst nicht unmittelbar; Praxis und

Wissenschaft schwanken, wie man heutigen Tages in Fällen wahrnimmt, wo es dem Käufer eines Grundstückes an dem etwa nöthigen Bürgerrecht und dgl. fehlte. Wer davon ausgeht daß hier eine (subjective) Unmöglichkeit der Leistung vorliege, wird leicht auf Annahme eines unmöglichen Kaufes verfallen, während außerdem dieselbe ferner liegt*). Es zeigen nun aber vor allem die Quellen ein gewisses Widerstreben gegen die fragliche Eintheilung, indem sie die sog. subjective Unmöglichkeit der Leistung so schildern: Sed haec recedunt ab impedimento naturali et respiciunt ad facultatem dandi. Est autem facultas *personae commodum incommodumque*, non *rerum quae promittuntur* (l. 137 §. 4 cit.). Ohne Zweifel wollen sie so wenig als wir läugnen daß hier eine Unmöglichkeit vorliege (§. 5 eod. — qui efficere non possit), dagegen wahrscheinlich mit uns läugnen daß eine unmögliche Leistung vorliege. Denn wenn man anders die Personen von ihren Leistungen unterscheidet, so liegt überall hier eine Unmöglichkeit, besser eine Ohnmacht, der Person, keine Unmöglichkeit der Leistung vor. Ganze Geschlechter werden ohnmächtig zu Thaten der Vorfahren; man würde sie nicht verachten, wenn man diese Thaten selbst für unmöglich hielte. Also was man eine objectiv unmögliche Leistung nennt, scheint uns eine einfach unmögliche — was man eine subjectiv unmögliche nennt, eine mögliche Leistung zu seyn.

Dagegen wird sich die Eintheilung einer dauernden und bloß zeitweiligen, — dann einer völligen (den ganzen Gegenstand oder Inhalt der Leistung umfassenden) und theilweisen Unmöglichkeit nichts einwenden lassen, so daß wir anstatt der Mommsen'schen 5 Eintheilungen nur 3 haben, nämlich nach dem Grunde der Unmöglichkeit eine natürliche und juristische; — nach dem Gegenstand eine völlige und theilweise; — nach der Zeit eine fortwährende und zeitweilige.

ad II.

Mommsen selbst ist nicht der Ansicht, als ob für die „praktische Behandlung" der Obligationen auf unmögliche Leistungen

---

*) Vgl. z. B. Mommsen §. 15; dagegen Unterholzner, Schuldversch. II. §. 443. Nr. 7.

eine Regel aufgestellt werden könnte; er scheidet dieselbe in zwei Capitel: in eines über die praktische Behandlung der sogleich vorhandenen (§§. 11— 19) — und in eines über die der nachfolgenden Unmöglichkeit (§§. 20 — 33) — und läßt uns gleich im Eingange seines Buches wissen daß es mit der nachfolgenden eine ganz andere Bewandtniß habe als mit der sogleich vorhandenen. Wer weiß auch nicht daß selbst innerhalb bloß der nachfolgenden Unmöglichkeit wieder vieles zu unterscheiden ist: ob einseitige oder zweiseitige Obligationen vorliegen, ob eine verschuldete, ob unverschuldete Unmöglichkeit, ob ein besonderes Geding, ob keines.

Wir werden nun die Lehre „von der praktischen Behandlung der nachfolgenden Unmöglichkeit", besser die Lehre von der Prästation der nachfolgenden Unmöglichkeit, welche unter den „Modificationen der Obligation durch casus, dolus, culpa" längst eingebürgert ist, hierorts nicht weiter verfolgen; dagegen ist dieselbe Lehre in der Richtung auf sogleich vorhandene Unmöglichkeit unseres Wissens vor Mommsen nirgends im Ganzen dargestellt worden; sie soll unser nunmehriges Problem seyn.

„Ist die Leistung von Anfang an unmöglich (sogleich vorhandene Unmöglichkeit), so ist die darauf gerichtete Obligation nichtig, vorausgesetzt daß die Unmöglichkeit sich auf die Leistung in ihrem ganzen Umfange bezieht. „Impossibilium nulla obliga tio." (Mommsen, S. 1)

Einen Unterschied zwischen einseitigen und gegenseitigen Obligationen glaubt M. nicht machen zu dürfen: „Bei gegenseitigen Obligationen könnte die Wirkung der Unmöglichkeit sich lediglich auf diejenige Verpflichtung beschränken, deren Erfüllung unmöglich ist. Wegen des unmittelbaren Zusammenhanges, in welchem Leistung und Gegenleistung stehen, bewirkt aber die Unmöglichkeit der einen Leistung die Nichtigkeit der ganzen Obligation, so daß also auch eine Verpflichtung zur Gegenleistung nicht entsteht" (S. 103); — ferner auch keinen zwischen dem unmittelbaren Schuldgegenstande und seiner Aestimation: „daß die unmögliche Leistung selbst nicht erfüllt werden kann, ergibt sich schon aus dem Begriff der Unmöglichkeit. Es kann sich also nur fragen, ob nicht die auf eine solche Leistung gerichtete Obligation in der Weise aufrecht zu erhalten sey daß der unmöglichen Leistung eine mögliche als Ae-

quivalent substituirt werde. Das römische Recht nimmt dieß als Regel nicht an. Nach den Bestimmungen desselben ist die auf eine unmögliche Leistung gerichtete Obligation nichtig, also in jeder Weise unwirksam." (S. 103) Wenn demungeachtet vorkommt daß bei Obligationen auf wahrhaft unmögliche Leistungen „der Schuldner dem Gläubiger unter Umständen zu einer Entschädigung verpflichtet ist", so solle man um deßwillen die Nichtigkeit der Obligation nicht läugnen; eine Pflicht zur Entschädigung sey mit der Nichtigkeit der Obligation wohl vereinbar, nur daß der Gegenstand der Entschädigung hier und dort ein anderer sey: bei giltiger Obligation „das Interesse, welches der Gläubiger an der Erfüllung des Contractes hatte"; bei nichtiger Obligation „das Interesse, welches der Gläubiger daran hatte, über die wahre Beschaffenheit der Leistung nicht getäuscht zu seyn" — den nichtigen Contract überhaupt nicht abgeschlossen zu haben (S. 107. 116, vergl. Sav. Syst. III. §. 138 d.). Auch diese letztere Art Entschädigungsanspruches könne allenfalls noch mit einer Contractsklage und zwar mit der aus dem unmöglichen, nichtigen Contract geltend gemacht werden, so daß aus dem Daseyn einer Contractsklage ein Schluß auf Giltigkeit oder Nichtigkeit des Contractes nicht zuläßig sey (S. 124 Anm. 7. S. 129, 3ter Abs.).

So weit der allgemeine Theil der Mommsen'schen Lehre über die praktische Behandlung der sogleich vorhandenen Unmöglichkeit (§. 11.). Sie stützt sich, wie gesehen, auf einen unmittelbaren Quellenbeweis „Impossibilium nulla obligatio est" (l. 185 D. r. j.), wird aber auch noch von inneren Gründen unterstützt. Entweder wissen die Contrahenten daß die Leistung unmöglich ist, dann wollen sie keine Obligation; oder sie wissen es nicht, dann ist es ebenso unzweifelhaft „daß sie, wenn ihnen die Unmöglichkeit der Leistung bekannt gewesen wäre, eine Obligation auf diese Leistung nicht abgeschlossen hätten. Ob sie dann eine andere Leistung und welche Leistung etwa zum Gegenstande ihrer Obligation gemacht hätten, läßt sich nicht bestimmen." (S. 106)

Wir lassen nun vorerst dahin gestellt, ob und wieweit sich diese allgemeine Lehre im Einzelnen erproben werde, und fragen nur, ob die bis jetzt vorgebrachten allgemeinen Gründe stichhaltig seyen. Da scheint uns aber vorweg bedenklich, ob denn

der Ausspruch „Impossibilium nulla obligatio est“ wirklich den weiten Sinn habe, den ihm Mommsen unterbreitet: einmal den daß der Contract nichtig sey, wenn zu etwas unmöglichem obligirt ist; dann den daß der ganze Contract nichtig sey, wenn auf Einer Seite zu etwas unmöglichem obligirt ist. Es ist denkbar daß mit demselben nicht mehr und nicht weniger gesagt werden wollte, als daß es eine Verpflichtung zu etwas unmöglichem nicht gebe, daß also darüber, ob, wenn in einem Contracte auf der einen oder anderen Seite etwas unmögliches contrahirt ist, alles nichts sey, nicht entschieden werden sollte. Zwar versteht es sich von selbst daß man niemals verpflichtet seyn kann etwas unmögliches zu leisten; allein nichtsdestoweniger sprechen die römischen Juristen gerade diesen Gedanken anderwärts noch umständlicher aus (l. 182. l. 32 D. r. j.), so daß man den Einwand der — vielleicht doch nur scheinbaren — Ueberflüssigkeit gegen unsere Deutung nicht erheben kann. Die innere Rechtfertigung aber, indem sie von dem Willen der Contrahenten ausholt, greift tief, wir glauben zu tief. Wenn von den zwei Contrahenten jeder weiß daß das, worauf sie contrahiren, ein Unmögliches ist, und wenn auch jeder vom anderen weiß daß er die Unmöglichkeit kenne, dann allerdings können sie nicht ernstlich contrahiren wollen (arg. l. 31 D. o. e. a. 44, 7). Allein gehen wir auch nur einen halben Schritt weiter, und nehmen an daß zwar jeder für sich die Unmöglichkeit kenne, keiner aber diese Kenntniß des anderen, so läßt sich schon nicht mehr sagen daß keiner contrahirt haben wolle; umgekehrt ist möglich daß jeder den anderen gebunden, also contrahirt haben wolle, um ihn auf diesem Wege zu überlisten. Damit wollen wir der Frage, ob ein derartiger Contract wirklich bindend oder ob er nichtig sey, nicht vorgreifen, sondern nur die Vermuthung aussprechen, daß wenn er nichtig ist, er es nicht um deßwillen sey, als ob es am Willen fehlte. In l. 57 §. 3 D. c. e. (18, 1) wird ein Haus gekauft, von dem beide wissen daß es abgebrannt ist, ohne dergleichen zu thun. Dieser Kauf wird für nichtig erklärt, weil der gegenseitige *dolus* sich compensire, nicht weil es am Willen fehle. Umsoweniger möchten wir den Satz aufstellen daß es am Willen zum Contracte fehle, wenn die Unmöglichkeit bloß Einem bekannt ist. Wenn sie dagegen keinem bekannt war, so mag man zwar mit

Mommsen vermuthen daß sie entgegengesetzten Falles nicht gewollt hätten, mit nichten aber folgern daß sie nicht gewollt haben, oder die Sache so behandeln, als ob sie nicht gewollt hätten. Es kommt zwar vor daß ein Wille darum, weil er nicht wußte was er zu wissen meinte, in Wirklichkeit gar nicht da war (error in corpore); daß aber ein Wille der wirklich da war, um deßwillen weil er etwas nicht wußte, für nicht vorhanden betrachtet würde, wäre gegenüber den sonstigen Aussprüchen und Erscheinungen des römischen Rechtes*) jedenfalls eine Singularität, die für den einzelnen Fall bewiesen werden müßte, von Mommsen aber auch nicht versuchsweise bewiesen worden ist. Darum hat bereits Windscheid (S. 115) diese Begründung verworfen. Aber Mommsen baut auch noch auf den unmittelbaren Zusammenhang der gegenseitigen Verpflichtungen; wahrscheinlich insofern, als er die Entstehung der einen Verpflichtung ohne die der anderen für unmöglich hält. Dieses Argument dünkt uns besser als das vorige; aber immer noch nicht verlässig genug. Bekanntlich kann von gegenseitigen Verpflichtungen die eine fortbestehen, nachdem die andere untergegangen; wo steht geschrieben daß keine ohne die andere entstehen könne? Nur so viel ist zweifellos daß gegenseitig contrahirt werden müsse, damit ein Kauf ꝛc. da sey; daß die beiderseits contrahirten Verbindlichkeiten auch beiderseits eintreten müssen, scheint uns wenigstens nicht als unerwiesenes Axiom hingestellt werden zu können.

Uebrigens macht, wie wir sahen, Mommsen selbst bemerklich daß gewisse Verpflichtungen aus Contracten auf unmögliche Leistungen dennoch vorkommen können; nur glaubt er daß der betreffende Contract ꝛc. nichtsdestoweniger nichtig, und daß das Interesse, auf dessen Prästation jene Verpflichtungen gehen, ein ganz anderes sey als dasjenige, welches bei bindenden Contracten prästirt werden müsse; denn da handle es sich um das Interesse der Contractserfüllung, hier um das Interesse daß (nichtig) contrahirt worden sey (s. S. 107 und S. 116). So kurzweg wir uns anderwärts**) hierin Mommsen angeschlossen haben,

*) Z. B. l. 36 D. a. r. d. 41, 1; die condictio indebiti und ob causam datorum.

**) S. mein Lehrb. d. Pand. 1. Abth. S. 587.

hat die Sache doch ihre Bedenken. Kann man einen Contract, der nun doch einmal seine Klage wirkt, für nichtig erklären? und ist der Schade daß nichtig contrahirt wurde, nicht am Ende mitinbegriffen in dem daß nicht erfüllt wurde? Doch verschieben wir diese Fragen bis sie sich gelegentlich der einzelnen Fälle bestimmter gestalten und sicherer beantworten lassen.

So weit Mommsen's allgemeine Begründung. Wenden wir uns nun zur specielleren, und zwar an seiner Hand

1) zu der Stipulation, als dem Muster einseitiger Contracte, so tritt uns gleich eine Reihe von Stellen entgegen, in welchen die Nichtigkeit der auf eine vornherein unmögliche Leistung gerichteten Stipulation offen ausgesprochen wird: Gaj. III, 97 l. 1 §. 9 D. o. e. a., l. 103 eod. l. 35 D. v. o.; dazu §§. 1—2 J. inut. stip. l. 69, l. 97 pr. D. v. o. (Mommsen S. 114). Einen Augenblick möchte man meinen daß dieß nur für den Fall gelte, wo den Contrahenten die Unmöglichkeit unbekannt ist (Gaj. III, 97 cit. — quem putabat esse humani juris — l. 1 §. 9 cit. — si de homine libero . . . facta sit stipulatio inter eos, qui ignoraverint eum hominem liberum esse —); bald wird man aber Mommsen beipflichten daß ein solches argumentum a contrario aus den hier eingeschalteten Stellen nicht gewagt werden dürfe; denn sehr leicht wurden jene Zusätze nur gemacht um die Frage zu beseitigen, wie man denn einen homo mortuus u. dgl. überhaupt stipuliren möge. Eine von jenen Stellen (l. 103 cit.) gibt auch den Grund an, warum das Geschäft nichtig sey: liber homo in stipulatum deduci non potest, quia nec dari oportere intendi, nec aestimatio ejus praestari potest (l. 103 cit.); übrigens ohne darum von Mommsen berühmt zu werden; denn von dem Willen der Parteien geschieht hier mit keinem Worte Erwähnung; alles wird darauf gestellt daß weder intentio noch condemnatio möglich sey; weder das zunächst stipulirte dare oportere, noch anstatt dessen ein praestare oportere. Die Stipulation ist nichtig, weil es an einem Verpflichtungsgegenstande fehlt.

Besonderes Augenmerk verdient hier aber die Entschädigungsfrage. Auch bei der Stipulation, sagt M., sey trotz aller Nichtigkeit wegen vornherein unmöglicher Leistung der Stipulator mitunter doch zur Entschädigung berechtigt gewesen; dann nämlich, wenn

der Promissor sich eines dolus oder einer culpa lata schuldig gemacht; Object der Entschädigung sey derjenige Schaden gewesen, welchen der Stipulator dadurch erlitten, daß überhaupt ein Vertrag über die unmögliche Leistung abgeschlossen wurde (S. 116). Ob dann ex stipulatu oder mit welcher Klage geklagt worden sey, sagt M. nicht ausdrücklich.

In diesem Stücke nun müssen wir Mommsen nach näherer Prüfung mit Windscheid (S. 118 unten) im wesentlichen beipflichten; dem Verfasser auch volle Anerkennung bezeugen dafür, daß er das von Savigny hingeworfene Körnlein*) aufgehoben und fruchtbringend angelegt hat. Vor allem nämlich scheint uns nichts wichtiger, als daß der Stipulator, z. B. eines todten Sklaven, zufolge dieser Stipulation ein Interesse haben könne, welches von dem Interesse desjenigen der einen lebendigen Sklaven stipulirt und ihn nicht bekommt, verschieden ist. Des letzteren Interesse entspringt daraus daß er den schuldigen Gegenstand nicht bekommt; ist der Promissor dieses Interesse zu leisten schuldig, so nimmt seine Prästationsschuld ihren Ursprung davon daß ein dare oportere für ihn begründet, und aber von ihm nicht erfüllt ist; den Betrag des Interesses aber bildet vor allem der Betrag des Sklaven selbst (verum rei pretium), außerdem der Betrag des allenfallsigen weiteren Schadens, den der Stipulator in Folge der *Nichterfüllung der Obligation, der Nichtleistung des Sklaven* hatte. Ein Interesse des anderen dagegen, der einen todten Sklaven stipulirt, entspringt unmöglich daraus daß er diesen nicht bekommt; einen todten Sklaven zu bekommen, hat kein Interesse; ist der Promissor ein Interesse zu prästiren schuldig, so nimmt seine Prästationsschuld ihren Ursprung unmöglich davon daß er den todten Sklaven zu geben obligirt ist, und aber ihn nicht gibt; denn einen Sklaven zu geben, der todt ist (non est), gilt für eine unmögliche Leistung, und zu einer solchen kann niemand obligirt werden; so kann auch der Betrag des Interesses unmöglich aus dem des todten Sklaven und ebensowenig aus dem des Schadens bestehen, der aus Nichterfüllung eines dare oportere, oder aus Nichtleistung des versprochenen Sklaven entspringt;

---

*) Sav. Syst. III. §. 138 d.

denn der todte Sklave beträgt nichts, ihn nicht zu bekommen kann nie schädlich, ihn zu leisten niemand obligirt seyn. Also muß sein Interesse ein anderes seyn. Ein anderes aber als Mommsen meint, läßt sich nicht denken. Hätte der Stipulator z. B. deßwegen, weil ihm Titius diesen (vermeintlich lebendigen) Sklaven promittirt hat, irgendwem gegenüber auf irgendeinen Anspruch verzichtet, so bestünde sein Interesse darin, „über die wahre Beschaffenheit der (stipulirten) Leistung nicht getäuscht (gewesen) zu seyn"; vielleicht bestimmter können wir ein factum, nämlich eine Täuschung als den Ursprung seines Schadens*), den in Folge dieser Täuschung vorgenommenen Verzicht als den Schaden selbst und seinen Betrag bezeichnen. Muß der Promissor diesen Schaden prästiren, so bildet seine Prästationsschuld nicht mehr das eventuelle Surrogat einer vorhergehenden Obligation (dare facere oportere), sondern ein gleich vornherein begründetes praestare oportere nach Art der Delictsobligationen. Aber auch der Grund, aus dem der Promissor prästationsschuldig wird, ist delictsartig; er muß den Schaden verschuldet, er muß den Stipulator getäuscht, er muß, daß der Sklave todt sey, gewußt, und dennoch — dolo malo — promittirt haben. Was endlich die Frage betrifft, ob der Stipulator bei solcher Täuschung wirklich einen Entschädigungsanspruch gehabt und ob er diesen trotz Nichtigkeit der Stipulation ex stipulatu eingeklagt habe, so möchte sich das rein römische Recht etwas anders verhalten als M. anzunehmen scheint**), heutzutage müßte wohl ohne weiteres aus dem Versprechen geklagt werden können; dieses wäre dann, dünkt uns, nichtig in Anbetracht seines specifischen Inhalts (dare oportere), bindend dagegen in Anbetracht eines allgemeineren Inhaltes (dolum malum

*) cf. l. 67 §. 1 D. c. e. 18 — quod interfuit ejus, ne deciperetur — §. 5 J. empt. (3. 23).

**) Mommsen scheint ohne weiteres eine actio ex stipulatu zu gewähren (S. 116). Allein die Stipulation an und für sich verpflichtete den Promittenten zur Prästation eines in der Promission mitunterlaufenden dolus nicht; dazu war clausula doli eigens nöthig (arg. l. 22 D. v. o. 45. 1) — zum Unterschiede von b. f. contractus, in denen das Versprechen, einen solchen dolus zu prästiren, stillschweigend begriffen lag.

praestare oportere), indem Promittent für ſeinen dolus, und zwar kraft des Verſprechens, eintreten müßte; denn heutzutage enthält jeder Contract ſtillſchweigend das Verſprechen der Präſtation des dolus, weil jeder b. f. negotium iſt.

2) Von den gegenſeitigen Contracten iſt es allein der Kauf, für den die Quellen in Anbetracht unſerer Frage Stoff und Anhalt bieten; ihn behandelt Mommſen denn auch als Muſterfall (vgl. S. 138 unten). Wenn er nun aber damit beginnt daß „wie bei der Stipulation auch bei dem Kaufcontract als Objecte unmöglicher Leiſtungen Sachen, welche dem Verkehr entzogen ſind, und freie Menſchen, ſowie nichtexiſtirende Gegenſtände häufig angeführt" werden (S. 117), ſo müſſen wir wohl zugeben daß die genannten Dinge als Objecte unmöglicher Leiſtungen angeführt werden können; auch zugeben daß ſie von den Quellen häufig angeführt werden: dagegen läugnen daß ſie daſelbſt als Objective unmöglicher Leiſtungen angeführt werden. Denn wenn ſie zum Theil vorkommen als Dinge, welche „nicht verkauft werden können" (quae res venire non possunt), oder deren Verkauf „nichtig", oder „unbündig" iſt (nulla venditio est — emtio non tenet), ſo folgt daraus noch nicht, weder daß ſie überhaupt und in keiner Weiſe, noch daß ſie inſonderheit verkaufsweiſe nicht geleiſtet werden können. Denkbarer Weiſe könnte die Nichtigkeit des Kaufes einen anderen Grund haben als Unmöglichkeit der Leiſtung. Vor der Beantwortung der Frage, ob, wenn ſolche Dinge verkauft werden, auf Seite des Verkäufers unmögliche Leiſtungen contrahirt ſind, hätte u. E. zuerſt feſtgeſtellt werden ſollen, worin die dem Verkäufer obliegende Leiſtung beſtehe. Läge ſie darin daß der Verkäufer die verkaufte Sache in das Eigenthum des Käufers bringe, ſo wäre freilich überall dort etwas unmögliches contrahirt; beſteht ſie darin, daß er wenigſtens Beſitz, dieſen aber wirklich und unentwindbar verſchaffe, ſo gilt daſſelbe; denn was man nicht eigen haben kann, kann man auch nicht beſitzen*); beſtünde ſie dagegen weſentlich bloß in der Präſtation eines ſolchen Beſitzes (habere licere praestare), das iſt in der pecuniären Vertretung deſſelben, ſo ließe ſich zweifeln ob ein freier Menſch und res

*) l. 30 §. 1 l. 23 §. 2 D. a. v. a. p. (41, 2).

extra commercium nicht wenigstens in diesem Sinne geleistet und verkauft werden können*), während an Gegenständen die gar nicht existiren, nicht einmal eine Entschädigung dafür daß man sie nicht bekommt oder hat, denkbar ist. Hier scheint wiederum nur derselbe Schaden, und ein Anspruch aus derselben Täuschung möglich, wie wir beides im Anschluß an Mommsen oben bei der Stipulation gefunden haben. Wir wollen uns aber nicht verhehlen daß die römischen Juristen den Verkauf freier Menschen und der res extra commercium gerade so wie den von nicht existirenden Gegenständen betrachten und behandeln konnten. Mit gutem Grunde mochte man sagen daß die wirkliche Verschaffung der verkauften Sache die nächste Verpflichtung des Verkäufers (dare facere oportere), deren Vergeltung aber nur die entferntere, durch Nichtverschaffung bedingte, verwirkte Prästationsschuld sey; daß aber, wenn wie bei dem Verkaufe von res extra comm. 2c. die wirkliche Verschaffung vornherein unmöglich ist, auch eine Schätzung, Prästation derselben unmöglich sey; so daß auch hier wieder nur die delictsartige Prästation des Schadens aus Täuschung übrig blieb. Eine solche Meinung träfe mit der von Savigny (Syst. III. S. 303) und Mommsen, Windscheid u. a. im Resultate zusammen, und ließe sich dann nur noch streiten, ob in allen den Fällen, wo nur wegen Schadens aus Täuschung geklagt werden könnte, der Kauf als nichtig betrachtet werden müßte.

Betrachten wir nun aber die Quellen, so läßt sich nicht verkennen daß

a) der Verkauf eines freien Menschen bindend war, soferne nur Käufer von der Freiheit desselben nichts wußte (l. 70 l. 34 §. 2 D. h. t. 18, 1; l. 4 D. quib. ad. lib. 40, 13). Da der Verkäufer desfalls „evictionis nomine“ haftete (l. 39 §. 3 D. evict. 21, 2), bestund das Interesse, das er zu prästiren hatte, wie beim Verkaufe fremder Sachen darin, daß Käufer den Menschen „nicht haben konnte“ (§. 5 J. emt. 3, 23 — quod non habere ei liceat), der Grund seiner Prästationsschuld in keinem Delicte; er haftete, gleichviel ob ihm selbst jene Eigenschaft bekannt war

*) Vergl. Burchardi, Wiedereinf. in den vor. Stand, S. 327 unt. und fg. Brandis, über absolute und relative Nichtigkeit, Zeitschrift für Civilrecht und Proc. VII. S. 180 fgg.

oder nicht (l. 70 cit.). Also hielt man die Prästation des habere, wiewohl seine wirkliche Verschaffung unmöglich war, dennoch für möglich. All das räumt Mommsen ein; allein nur als Ausnahme von einer entgegengesetzten Regel (S. 127, 128); bezüglich

b) der res extra comm. hält er, wegen l. 34 §. 1, l. 22 — l. 24 l. 62 §. 1 D. h. t. l. 1 C. sepulchr. viol. (9, 19) l. 8 §. 1 D. relig. (11, 7) Nichtigkeit des Contractes und Möglichkeit bloß jener delictsartigen Prästationsschuld aufrecht, so sehr er Stellen, die wie l. 4 — l. 6 D. h. t. §. 5 J. emt. (3, 23) den freien Menschen und res extra comm. gleichartig behandeln, kennt und würdigt. Er ist der Meinung daß bezüglich der letzteren ein Zwiespalt unter den römischen Juristen bestanden habe, nimmt einen Widerspruch innerhalb der Quellen an, und gibt seiner Ansicht den Vorzug, weil sie von mehreren und späteren Juristen vertreten ist. Wir unserseits meinen daß wenn wirklich ein Widerspruch vorläge, weder nach Zahl noch nach Alter der Juristen, sondern aus inneren Gründen entschieden werden müßte; meinen ferner, daß ein Widerspruch zwar vorliegt, wenn man die betreffenden Stellen lediglich als Fragmente der classischen Literatur behandelt*), daß dagegen keiner vorliegt, wenn man sie als Bestandtheile eines und desselben Gesetzbuches auslegt. In diesem ist die von Mommsen verworfene Ansicht im Haupttitel (de contr. emt.) unter den Hauptlehren gleich in den ersten Stellen (l. 4 — l. 6 citt.), und in den Institutionen wiederholt. Sie scheint uns demnach der neue Grundton mit dem die übrigen Stellen zusammen stimmen oder gestimmt werden sollen, und zusammen gestimmt werden können**). — Wenn etwas verkauft wird, das

c) gar nicht existirt oder existiren kann, so haben wir wenig-

---

*) So spricht z. B. der Zusammenhang von l. 34 §. 1 und §. 2. D. h. t. (18, 1) allerdings dafür daß Paulus die res extra comm. und den liber homo verschieden behandelte; noch viel entschiedener aber l. 22 — 24 eod. für die gleiche Ansicht Ulpians. Der Auslegung Burchardi's, Brandi's, Richelmanns tritt Mommsen hier mit vollem Recht entgegen S. 120; wir können uns mit ihm die Stelle nicht denken ohne einen wegen Heiligkeit ꝛc. der Sache völlig nichtigen Kauf; überdieß nicht ohne einen „ignorirenden" Käufer.

**) Indem man nämlich auf den Zusammenhang in l. 34 §. 1 §. 2 citt. keinen Nachdruck legt; — in l. 22 — l. 24 darauf daß die Clausel „si quid sacri etc. est, ejus venit nihil" nicht überflüssig sey, allen

stens der Regel nach einen nichtigen Kauf: l. 7 D. her. vend. (18, 4) — emitur . . res: quae si non est, (non) contrahitur emtio, et ideo pretium condicetur l. 1 eod. — nihil esse acti, quia in rerum natura non sit, quod venierit, l. 15 pr. D. c. e. — Si . . . corpus . . in rerum natura ante venditionem esse desierit, nulla emtio est. Daher die Regel: nec emtio nec venditio sine re quae veneat potest intelligi — (l. 8 eod.) Donellus glaubte letzteren bloß von der Nothwendigkeit der Bezeichnung, nicht von der Nothwendigkeit der Existenz verstehen zu sollen; wird aber von Mommsen S. 132 Anmerkung 1) zurechtgewiesen; verdientermaßen; wie könnte sonst das non esse, und das non in rerum natura esse, als Grund der Nichtigkeit angeführt werden? Dann bedenke man die bekannte Ausnahme: Aliquando tamen et sine re venditio intelligitur, veluti quum quasi alea emitur — (l. 8. §. 1 cit.); ohne daß res seyn müßte, wäre sie nicht Ausnahme. — Ganz ohne Schwierigkeit ist übrigens auch dieser Theil der Lehre nicht. Wir denken zuvörderst an l. 21 pr. D. a. e. e. v. (19, 1), wo etwas verkauft wird, das niemals zur Existenz kommen kann (der partus einer sterilis ancilla) und aber doch ex emto tenetur venditor. Mommsen (S. 133) sieht hier einen Fall, in dem der Verkäufer wegen dolus oder doch culpa lata haftet, während die Stelle selbst*) doch nur ignorantiam des Käufers voraussetzt. Windscheid (S. 112 unten) geht darin mit Mommsen. Dann ist aber nichts sicherer, als daß der Verkäufer einer nicht existirenden Forderung haftet, gleichviel ob er von der Nichtexistenz gewußt hat oder nicht; gleichwohl ist von Nichtigkeit des Kaufs dabei nirgends die Rede; vielmehr kommt der Fall unter dem Gesichtspunkt der Eviction,

Nachdruck legt, nur diesen Satz, nicht seine Motive für bindend erachtet; — „nulla venditio“ in l. 34 §. 1 eod. von alienatio, und „emtio non tenet“ in l. 62 §. 1 eod. von einer Unverbindlichkeit bloß zur wirklichen Tradition versteht; — l. 8 §. 1 D. relig. (1117) aber historisch erklärt, in der in factum actio nämlich einen Uebergang zu der ex emto erblickt — einen Ausdruck des Zweifels ob ein solcher Kauf als „Kauf“ oder als namenloses Factum demonstrirt, intendirt werden könne.

*) Si sterilis ancilla sit, cujus partus venit, vel major annis 50, cum id emtor ignoraverit, ex emto tenetur venditor.

mithin gültigen Kaufes in Betracht (l. 74 §. 3. evict. 21, 2 l. 4, l. 5 D. hered. vend.). Mommsen (S. 134) erblickt hierin eine „Ausnahme", denn die „Leistung einer nicht existirenden Forderung ist ebenso unmöglich wie die Leistung einer nicht existirenden Erbschaft" (l. 1, l. 7, l. 9 eod.); aber wegen gewisser Unzuträglichkeiten — weil man überall erst hätte unterscheiden müssen, ob eine Forderung ipso jure oder nur ope exceptionis nicht existire*) — sey von der Regel abgewichen worden. Windscheid (S. 118) verwirft diese Auffassung; „der Verkauf einer nichtexistirenden Forderung ist nicht, wie der Verfasser meint, dem Verkaufe einer nichtexistirenden Sache gleichzustellen; er ist es ebensowenig wie der Verkauf einer Sache, deren Eigenthümer der Verkäufer nicht ist. Der Grund, weßwegen hier der Verkäufer nicht liefern kann, ist lediglich der Mangel seines Rechts, nicht der Unmöglichkeit der Existenz seines Rechts, weder eine juristische, noch eine physische. Anders wäre es, wenn der angegebene Schuldner gar nicht existirte."

Diese beiden Erklärungen erscheinen uns gleich sehr bedenklich. Denn wäre der Verkauf einer ipso jure nicht existirenden Forderung nichtig, so würde von dem Verkauf einer ope exceptionis (perpetuae) unwirksamen Forderung bei deren materieller Richtigkeit doch wohl dasselbe gelten müssen; mithin nicht erst unterschieden werden müssen, ob die Forderung ipso jure oder ope exc. unwirksam sey; also ohne die Mommsen'sche „Ausnahme" ebensowenig Unzuträgliches entstehen, als mit derselben. Ferner ist — was Windscheid anlangt, — wenn eine nicht existirende Forderung verkauft wird, zwar allerdings nichts verkauft, was u n m ö g l i c h e x i s t i r e n k ö n n t e, und jedenfalls der Grund weßhalb Verkäufer nicht liefern kann, nicht in einer solchen Unmöglichkeit der Existenz der Forderung gelegen; allein anderseits ist es doch kaum hinreichend zu sagen, daß er bloß aus Mangel an Recht nicht liefern könne; wir dürfen uns den volleren Ausdruck erlauben, und sagen daß er a u s M a n g e l a n e i n e r F o r d e r u n g, weil nichts ist, was verkauft wird, nicht liefern könne. Gerade Windscheid gehört zu

*) Mommsen geht hiebei von der Annahme aus, als ob nur der Verkauf einer ipso jure nicht bestehenden Forderung eine Unmöglichkeit wäre.

denen, welche die Realität der Forderung betonen, für den Fall also daß eine nichteristirende Forderung verkauft wird, folgerecht sagen müssen daß es an einer res fehlt, folgerecht also auch sagen müssen, daß es hier Mangels res und troß dieses Mangels, — ausnahmsweise — zu einem wahren Verkauf kommt. Damit ein Kauf in Gemäßheit der Regel: nec emtio nec venditio sine re — nichtig sey, muß dasjenige was verkauft wird, nicht überhaupt unmöglich seyn; genug daß es nur nicht eristirt.

Indessen wollen wir die Windscheid'sche Ansicht doch nicht so ganz verworfen haben, sondern jetzt schon bekennen, daß wenn wir in dieser Frage zum Ziele gelangen, Windscheid den Fingerzeig gegeben hat. Denn mit ihm werden wir darauf hinauskommen, daß der Verkauf einer nicht eristenten Forderung gültig ist, weil es dem Verkäufer am Rechte fehlt. — Wird nämlich eine Sache verkauft, so sind das Recht des Verkäufers und die Eristenz der Sache verschieden und leicht unterscheidlich; die Sache kann eristiren, der Verkäufer aber sie gleichwohl nicht haben. Darnach scheidet sich auch die Haftung des Verkäufers, indem sie nur darauf geht daß Verkäufer die Sache habe, nicht auch darauf, daß sie sey. Wenn die verkaufte Sache nicht eristirt, ist der Verkauf nichtig; will man sagen warum, so wäre es falsch zu sagen: deßwegen weil Verkäufer die Sache nicht hat; denn so wahr dieß auch ist, so wenig ist es der Grund der Nichtigkeit. Das Nichthaben ist Grund der Haftbarkeit, das Nichtseyn Grund der Nichtigkeit. Würde nun aber eine nichteristente Forderung verkauft, sollte man sagen: der Verkauf sey nichtig wegen Nichtseyns im Gegenstand, oder bindend wegen Nichthabens im Verkäufer? Nach strengförmlichem Rechte fielen hier Nichthaben und Nichtseyn zusammen; erst auf Grund der modernen, vollkommen entwickelten Cession der Forderungen, wie sie das R. Recht noch nicht hatte, wird auch im Gebiete der Forderungen eine Unterscheidung zwischen dem subjectiven Haben und dem objectiven Seyn derselben gangbar werden; ein Unterschied, wie er namentlich auch in der hereditas vorgebildet ist*). So lag hier einer der Fälle vor, in

*) l. 9 D. her. vend. (18, 4) — si est quidem aliqua hereditas, sed ad venditorem non pertinet.

welchen keine Consequenz weder zu dieser noch zu jener Entscheidung drängt, und mehr die Freiheit als die Gesetzmäßigkeit des Rechtes hervortritt. Daß man aber gerade diesen Gebrauch von der Freiheit machte, das Nichthaben betonte und auf Giltigkeit des Contractes erkannte, läßt sich wohl aus der allgemeinen Neigung, Geschäfte lieber für geschehen als für ungeschehen zu erklären, herleiten.

Für unsicherer halten wir die Erklärung der anderen Abweichung, daß der Kauf eines unmöglichen partus bindet (l. 21 pr. cit.). Doch ist es vielleicht nicht zu gewagt, in den Worten: „cum id emptor ignoraverit" den Nachdruck auf emtor zu legen, so daß wir einen Fall vor Augen haben, in dem Verkäufer geflissentlich einen solchen partus verkauft, also wegen dolus und nur für jenes Interesse wegen Abschluß des Kaufes haftet. So treffen wir hier mit Mommsen und Windscheid zusammen.

Es fragt sich noch, ob in Fällen letzterer Art, wo die Prästationsschuld delictsartig ist, der Verkauf als nichtig zu betrachten sey. Hier wird man nun wiederum wenigstens so viel einräumen müssen daß gerade dasjenige was den Contract zu Kauf und Verkauf macht, die Verpflichtung zu Waaren (habere licere) und Preis, in solchen Fällen ausbleibt und nur das allgemeinere der b. f. contractus — die Haftung für dolus — übrig bleibt. Da man nun eben daran nicht wohl zweifeln kann daß hier Verkäufer für seinen dolus haftet, und daß er *ex vendito*, also aus dem Contracte, und nicht schon mit der nur subsidiären de dolo actio haftet*), so möchten wir den Verkauf nicht schlechthin für nichtig erachten, sondern eine gewisse Halbheit des Zustandes annehmen, wie deren mehrere unter der „relativen Nullität" bei Brandis (s. oben Anm. 14) vorkommen; nur wenn selbst actio emti verschlossen wäre, ist *nihil actum* (l. 57. §. ult. D. h. t.). — —

Sind wir dem Verfasser, der von dem allgemeinen Gedanken unmöglicher Leistungen aus zu der Nichtigkeit der verschiedenen Contracte herabsteigt, bis hieher gefolgt, so muß jetzt, nachdem der hervorragendste Theil seiner Lehre durchschritten ist, in Ueber-

*) Vgl. Mommsen, S. 136 Anm. 6. arg. l. 57 §. ult., l. 62 §. 1 D. h. t. Auch in l. 57 §. 1 cit. scheint uns für den nichtausgesprochenen Fall daß Käufer Schaden litte, actio emti vorbehalten.

einstimmung mit unseren eingangsgemachten Bemerkungen, darauf verwiesen werden, daß die römische Jurisprudenz dieselben Dinge, die Vf. behandelt, zum Theil in anderem Zusammenhange und von anderen Ausgangspunkten aus denkt und behandelt.

Was nämlich den Kauf anlangt, so fanden wir die Frage, ob etwas unmögliches verkauft werden könne, oder wie es sich verhalte, wenn etwas derartiges verkauft werde, in den Quellen nirgends aufgeworfen, geschweige denn irgendwo in den Vordergrund gestellt. Vielmehr kann es bei unbefangener Betrachtung derselben niemanden entgehen, daß sie von einem ziemlich entgegengesetzten, positiven Gedanken ausgehen: davon daß, damit ein Kauf sey, ein Etwas (res), das verkauft werde, seyn müsse. Darin liegt von selbst, daß nichts unmögliches verkauft werden könne; allein noch mehr als dieses. Zum Kaufe wird gefordert nicht eine bloße Möglichkeit, sondern ein wirkliches Seyn; die ganze Untersuchung über den Einfluß der Unmöglichkeit auf die Obligation muß hier verschwinden vor dem Erforderniß der res und vor ihrer Untersuchung; die Untersuchung über den Einfluß der theilweisen Unmöglichkeit vor dem Satze, daß eine nicht ganz vorhandene res bald als vorhanden bald als nicht vorhanden zu betrachten sey, je nach dem Umfang und der Bedeutung des Vorhandenen (L. 57. D. c. e.); die Untersuchung über die zeitweise Unmöglichkeit vor dem Satze, daß künftige Sachen nur unter der (stillschweigenden) Bedingung ihrer Entstehung verkauft werden (L. 8. pr. eod.). Freie Menschen, und res extra commercium sind ein Etwas, und könnten insoweit gekauft werden; darum wurde für sie eine Exemtion nothwendig, und die Rubrik: et quae res venire non possunt. Gerade deßwegen, weil sie nicht von Natur aus, sondern nur von Rechtswegen nicht als res (quae venire potest) in Betracht kamen, ward der Zweifel, ob hier eine Prästation des habere licere, oder Richtigkeit Platz greifen müsse, möglich.

Dieser Grundsatz selbst: nec emtio nec venditio sine re — hätte einen sinnlichen, greifbaren Ursprung, wenn man in eine Zeit zurückgienge, wo der Kauf nicht bloß zufällig, sondern juristisch nothwendig — wie dann später noch die imaginaria venditio der Mancipation, sowie der Tausch — Contract und Uebergabe zugleich war; ohne (jura und natura) wirkliche res

ist letztere nicht denkbar. Noch heute aber wäre der Kauf ohne denselben Grundsatz häufig ein Glücksspiel: was er ohne den Willen der Parteien nicht seyn soll (arg. L. 8. §. 1 eod.). —

In der Stipulation dagegen steht allerdings Möglichkeit und Unmöglichkeit zunächst, wirkliche Existenz des Gegenstandes dagegen nur zufällig und mittelbar in Frage; denn rein obligatorisch geht sie allgemein nur auf eine Leistung, und zwar auf eine künftige Leistung, die demnach im Augenblicke der Stipulation nur möglich oder unmöglich, nicht aber in Wirklichkeit vorhanden seyn kann; nur insoferne das stipulirte dare, facere schon jetzt vorhandene, bestimmte, Sachen voraussetzt, ist seine Möglichkeit selbst von einer vorhandenen Wirklichkeit abhängig.

Da nach vorigem die Nichtigkeit des Kaufes mangels Gegenstandes nicht erst in dessen Unmöglichkeit, sondern in desselben Nichtexistenz wurzelt, so möchte der Kauf nunmehr weniger geeignet scheinen, für die Betrachtung des „Einflusses der unmöglichen Leistungen" auf gegenseitige Contracte als Muster zu dienen. Denn entweder gleichen die übrigen gegenseitigen Contracte dem Kaufe darin, daß sie, wenigstens auf der einen Seite, das Daseyn einer res fordern — wie dieses nicht nur beim Tausch, sondern auch bei der locatio conductio rerum der Fall seyn dürfte *) — dann liegt auch in ihnen die Existenzfrage näher als die Unmöglichkeitsfrage; oder sie gleichen ihm in dem gedachten Punkte nicht: dann kann er auch nicht ihr Muster seyn. Doch wird dann bei vornherein unmöglicher Leistung auf einer Seite, abgesehen vom dolus und seiner Prästation, allerdings der ganze Contract nichtig seyn: vielleicht deßwegen, weil auch hier das Geschäft ohne den Willen der Contrahenten, zum Glücksspiel würde. Insoferne kein einseitiger Vortheil begehrt wird, ist es hier allerdings die Gegenseitigkeit des Contractes, welche bei vornherein unmöglicher Leistung sein Aufkommen hindert.

Endlich erlauben wir uns zu wiederholen, einmal etwas das von selbst klar ist: daß eine Verpflichtung zu der unmöglichen Leistung selbst nie Platz greifen kann (imp. nulla oblig.); dann etwas, was minder geläufig ist: daß anstatt der unmög-

*) Vgl. mein Lehrb. d. Pand. 1. Abth. S. 503. 2. Abs. Nr. 1.

lichen Leistung selbst zweierlei Prästation (Ersatz) vorkommt: eine Prästation der unmöglichen Leistung selbst — eine Prästation nur des aus der Contrahirung der unmöglichen Leistung für den Gläubiger entsprungenen Interesses. Die Prästation der unmöglichen Leistung selbst läßt sich, bei vornherein unmöglicher Leistung als Ausnahme bezeichnen; wir fanden sie nur beim Verkaufe des liber homo und der res extra commercium: als eine Prästation des unmöglichen *habere* licere; außerdem gilt der für die Stipulation aufgestellte Satz: quia nec dari, nec aestimatio ejus praestari potest. Da bleibt denn nur die andere Prästation, mit zufälligem Object (interesse non deceptum esse) und zufälligem Grunde (dolus) noch möglich. Diese letztere Prästationspflicht begründet zu haben, ist Mommsens vorzüglichstes Verdienst in diesem Theil der Lehre. Wo dieselbe Platz greift, möchten wir nie mehr von nichtigem Contracte reden, wenn gleich sein specifischer Inhalt nichtig ist; sie kann aber heutzutage in allen Contracten, auch ohne Geding, Platz greifen. Wo bei unmöglicher Leistung weder diese noch jene Prästationspflicht begründet ist, muß das Geschäft nichtig seyn; das einseitige deßwegen, weil nichts da ist was gefordert werden könnte; das gegenseitige deßwegen, weil hier wenigstens auf einer Seite wiederum nichts da ist was gefordert werden könnte, und die einseitige Statthaftigkeit der Gegenforderung dem Wesen der Gegenseitigkeit, so wie wir oben meinten, widerspräche.

Erlangen im Mai 1857.

Brinz.

XII.

Kurze Anzeigen.

1) Die Form der Rechtsgeschäfte nach allgemeinen Grundsätzen und den positiven Rechten von Dr. v. Völderndorff, k. bayer. Ministerialsecretär. Nördlingen, C. H. Beck. 1857.

Der gegenwärtige Zustand der streitigen Civilrechtspflege in Deutschland ist in der juristischen Presse seit längerem ein Gegenstand reiflicher Untersuchung und lebhafter Besprechung geworden, wobei unser codificationsbereites Zeitalter zur Hebung der unläugbaren Gebrechen mannichfache Reformvorschläge andeutete. Vornehmlich war es das Verfahren, welches unter Zugrundlegung der im code civile ausgesprochenen Maximen heftig bekämpft und als einer principiellen Umgestaltung bedürftig bezeichnet wurde; da die große Mehrzahl der Rechtskundigen gerade im modus procedendi die fast ausschließende Quelle der Klagen der Gegenwart über das Ungenügende dermaliger Justizpflege suchen zu müssen glaubte.

Der Verfasser hat nun im Eingange des obengenannten Werkchens — das neben sicherer Herrschaft über den reichen Stoff eine umfassende Kenntniß des gegenwärtigen Standes der Rechtswissenschaft und der hervorragenderen Gesetzgebungen Deutschlands, besonders Bayerns bekundet — mit richtigem Takte den Nachweis geführt, daß die Hauptwurzel des Fehlerhaften unserer Civilrechtspflege in der materiellen Gestaltung des heutigen Civilrechtes liegt, und daß daher die erste Aufgabe der Legislation behufs Besserung jenes Zustandes darin besteht: „die Rechtsverhältnisse erkennbar deutlich und sichtbar zu gestalten."

Der Verfasser sucht nun auf systematischem Wege diesem Ziele näher zu treten, indem er die hiefür präjudicielle Frage: „wie wird die Existenz eines Rechtsverhältnisses erkannt?“ ins Auge faßt und darlegt, daß die Existenz eines Rechtsverhältnisses als solche nicht erkennbar ist, und wir von jener Existenz nur durch den Schluß, daß ein Rechtsverhältniß entstanden und nicht wieder geendet sey, Kunde empfangen. Rechtsverhältnisse werden aber durch juristische Handlungen (von denen die „Rechtsgeschäfte“ den ersten Platz behaupten) geschaffen und beendet. Zum Existentwerden und beziehungsweise zur Erkenntniß dieser Rechtsgeschäfte ist, wie bei allen Erscheinungen der Außenwelt, ein geistiges und ein körperliches Element, beide eng verbunden, nöthig; nämlich der Entschluß „die Willensbestimmung“ und die Manifestation dieses Wollens „die Willenserklärung“; wobei letztere als der sinnliche wahrnehmbare Wille die Form bildet, während die Willensbestimmung dessen Inhalt ausmacht. Der lichtvollen Abhandlung über das gegenseitige Verhalten dieser beiden Momente folgend, gelangen wir mit dem Autor zu dem Cardinalsatz: daß sich der Wille erst bei dessen Erklärung bestimmt; mit anderen Worten: „der Moment der Perfection der Willensbestimmung fällt in den Moment der vollzogenen Willenserklärung.“ — In richtiger Consequenz des Vorstehenden wird in §. 8 entwickelt, daß demgemäß jedes Rechtsgeschäft ein „förmliches“ in diesem Sinne (vom Verfasser als „freies, unfeierliches“ bezeichnet) ist, und daher die den gefaßten Entschluß bekundende Form den essentialibus negotii beigezählt werden muß. Wenn jedoch (S. 19) die bisherige Ansicht der Schule, daß Consensualverträge „nur auf dem Consense der Parteien beruhen“ als „grundfalsch“ charakterisirt wird, weil ja auch bei derartigen Verträgen Willensbestimmung und Erklärung vorhanden seyen, so müssen wir jener auf einer nicht ganz richtigen Auffassung der bisherigen technischen Ausdrücke beruhenden Behauptung entgegnen, daß es wohl noch keinem Juristen beigefallen ist unter „Consens“ den im Innern verborgenen, der Außenwelt entrückten Willen, von dessen Vorhandenseyn er gar kein Wissen haben kann, zu verstehen, sondern daß darunter stets der sich manifestirt habende Entschluß begriffen wird und werden wollte.

Diesen „freien“ Rechtsgeschäften, welche die Willensäußerung

in jeder beliebigen Weise (Schrift, Wort, Nicken ꝛc.) gestatten, werden entgegengesetzt a) die „bestimmt-formellen", welche jene Aeußerung in einer von den Parteien zu wählenden Handlung (Schrift, Eid, Handschlag ꝛc.) verlangen, von welcher Handlung das Gesetz festsetzt, daß „sich in ihr eine gewisse rechtliche Willensbestimmung ausspreche;" und b) die „feierlichen, solennen", bei denen das Gesetz gebietet, daß gewisse Rechtsgeschäfte nur in dieser oder jener Form gültig abgeschlossen werden dürfen (z. B. Testamente, Wechsel ꝛc.). Bei letzteren vermag daher der Entschluß, insoferne er Rechtsfolgen erzeugen soll, nur in bestimmter, zur Wesenheit des Geschäftes gehörender Form manifestirt zu werden. Principiell verschieden von dieser solennen Form sind die bei einzelnen Rechtsgeschäften festgesetzten „Förmlichkeiten", d. h. legal bestimmte Aeußerlichkeiten, an die des bloßen Aeußern wegen rechtliche Folgen geknüpft sind. In einem solchen Falle kann der Wille vollkommen erklärt seyn, er findet aber trotzdem wegen äußerer Gründe, z. B. namhafter Correcturen ꝛc., keine rechtliche Geltung.

Nachdem der Verfasser im Vorstehenden die Basis zu seinem Weiterbau gelegt, beklagt derselbe — dem eigentlichen Zwecke seines Werkes näher tretend — das allmähliche Verschwinden formeller Rechtsgeschäfte, an deren Stelle das moderne Rechtsleben, besonders in Frankreich, leere Förmlichkeiten setzte, und hebt mit scharfen Zügen den Einfluß der solennen Rechtsactionen auf die Rechtssicherheit, und hiemit auf den Rechtszustand überhaupt hervor, indem vermöge dieser der Streitpunkt weit leichter zu constatiren ist; — die Willensbestimmung (sohin auch die Erklärung) eine festere, abgeschlossenere Gestalt gewinnt, widerrechtlichen Einflüssen ein geringerer Spielraum zu Gebote steht, die Erweisbarkeit des Factums für die Zukunft gewahrt bleibt, und den Rechtsgeschäften die meist so wichtige Publicität verliehen werden kann. — Die hauptsächlichste Wirkung äußert sich aber wohl darin, daß der Inhalt der juristischen Handlung klarer, erkennbarer, und der Umfang der Willenserklärung bestimmter, markirter wird, Momente, bezüglich deren wir gewünscht hätten, daß sie wegen ihrer hohen praktischen Bedeutung etwas nachdrücklicher hervorgehoben werden.

Die Motive der Gegner der Wiedereinführung feierlicher

Rechtsgeschäfte werden in §. 13 unsers Erachtens mit siegreichen Waffen bekämpft, es wird darauf hingewiesen, daß das heutige Rechtsbewußtseyn symbolischen, keineswegs aber solennen Formen widerstrebt, und mit richtigem Verständnisse hervorgehoben, daß gerade bei den zwei Hauptgebieten des modernen Rechtsverkehres, welche eine möglichst leichte Beweglichkeit der Güter gebieten, dem Handelsverkehre und dem Creditwesen, sich streng solenne Rechtsgeschäfte, nämlich das Wechselgeschäft (dem die kaufmännischen Anweisungen beizuzählen) und das Hypothekwesen ausgebildet haben; ohne daß je gegründete Klage über Verkehrshemmung laut geworden wären.

Ist hiemit die einflußreiche Bedeutung feierlicher Rechtsgeschäfte für das Rechtsleben theoretisch festgestellt, so liegt es nahe zu untersuchen, in welchen Handlungen bisher nach den verschiedenen positiven Rechten die Form der Rechtsgeschäfte begründet werden konnte. Als solche nennt uns die Abhandlung (§. 14): die religiöse Sanction, insonderheit den Eid; den Abschluß vor der Obrigkeit oder einem öffentlichen Beamten (Notar, Pfarrer, Schultheiß, magistratischen Beamten); die Erklärung vor Zeugen; die schriftliche Willensmanifestation; daneben noch Handschlag, Arrha und dergleichen untergeordnete Formen. — Bei gerichtlich errichteten Rechtsgeschäften setzt der Verfasser deren Existentwerden nach unserer Ansicht mit Unrecht in den Moment der Unterzeichnung durch die Parteien; die Perfection des Rechtsgeschäftes tritt vielmehr mit der Erklärung der Vertragenden vor der Gerichtscommission ein, wobei die Protocollirung nur behufs Sicherstellung und Firirung der gerichtlichen Erklärung, sohin mehr probandi causa vorgenommen wird.

Wenn auch an der Hand von Solennitäten die Existenz rechtlicher Willensäußerungen sicherer und klarer wahrgenommen werden kann, so verlangen doch aus mannichfachen Gründen nicht sämmtliche Rechtsgeschäfte in gleicher Weise eine feierliche Errichtung, und wir hegen überhaupt die Ueberzeugung, daß solenne Rechtsgeschäfte, — bei denen im jetzigen Rechte die Form hauptsächlichst in der Protocollirung oder doch in schriftlicher Errichtung besteht, — über die rechtspolitisch nothwendigsten Gränzen nicht auszudehnen sind, da die Eingehung von Rechtsgeschäften unter erwähnten Formen an kleinern Orten und auf dem platten Lande

mit mannichfachen Inconvenienzen und Kosten für die Contrahenten verbunden ist. — Unter Zugrundlegung der als „praktische Beweisführung" über die Nothwendigkeit feierlicher Rechtsgeschäfte zu benützenden Normen des positiven Rechtes führt unser Autor nach einem rechtsphilosophischen Excurse, welcher gleich ein Paar anderen Deductionen etwas breit gehalten erscheint, unter Hervorhebung des Charakters der einzelnen Rechtsgeschäfte jene an, welche wegen des juristischen Objectes (des Willens, den sie ausdrücken) oder des praktischen Objectes (des Vertragsgegenstandes) solenne Behandlung erfordern. — Zu erstern gehören 1) die Schenkungen, besonders bei erheblichen Beträgen (welche ausführlicher behandelt werden); 2) andere streng einseitige Rechtsgeschäfte, als: Bürgschaften, ehefräuliche Intercessionen, einseitige Obligationen erzeugende Verträge und letztwillige Verfügungen; 3) Rechtshandlungen, deren Abschluß ein längerer Zustand von Unentschlossenheit vorhergeht: Viehhandel, Wette, Wohnungsmiethe, Dienstbotengeding (die beiden letzten Fälle scheinen uns nicht recht in diese Kategorie zu passen!). Diesen Aufzählungen werden zur Vervollständigung wenigstens de lege ferenda noch anzureihen seyn: 4) Rechtsgeschäfte, welche ihrer Natur nach den Umfang der Willenserklärung schwer erkennen lassen; als Gesellschaftsverträge, Pachtverträge, Accorde (locatio conductio operis) &c.

Wegen des praktischen Objectes verlangen eine solenne Form: Verträge über Immobilien im weitern Sinne, welche von jeher bei allen Völkern mit festen Wohnsitzen den feierlichen Rechtshandlungen beigezählt wurden. Bei diesen tritt noch die als Nebenwirkung solenner Rechtsgeschäfte hervorgehobene „Publicität" in den Vordergrund: indem das eine negative Forderung an Alle stellende dingliche Recht, damit diese Anforderung mit Fug geschehen könne, den Charakter der Oeffentlichkeit erfordert („man thut es allgemein zu wissen").

Wenn Dr. v. B. auf Grund des mittelst der Publicität unverkennbaren, dinglichen Charakters einer Sache jede dingliche Klage als eine aus einer obligatio ex delicto entspringende Delictsklage bezeichnet, so geht er aus Liebe zu seinem System offenbar zu weit, da troß der Publicität immerhin dingliche An-

sprüche von einem Dritten erhoben werden können, ohne daß die Quelle der laesio ein dolus oder eine culpa wäre.

In richtiger Würdigung der Bedeutsamkeit der Verträge über Immobilien verweilt der Verfasser ausführlicher bei denselben, weist mit umfassender Kenntniß der deutschen Particulargesetze nach, daß diese Legislationen, im Gegensatz zum neuern römischen Recht, an jenen Grundsätzen der Solennität und Publicität bei Contracten über Liegenschaften und andere dingliche Rechte festhielten, daß de lege ferenda eine bestimmte Erklärungsform und zwar vor Gericht oder einem Notar angestrebt werden müsse, und daß jedenfalls (bei etwaigem Mangel von Notariatsbeamten in einem Lande) die schriftliche Willensäußerung behufs Vertragsgiltigkeit festzusetzen sey. Die mit den meisten Contracten über dingliche Rechte verknüpften Besitzveränderungen veranlassen den Autor in den folgenden Zeilen (§. 26) die Besitztheorie und die Nothwendigkeit öffentlicher Kundmachung jeder Besitzänderung darzulegen. Im allgemeinen auf dem bahnbrechenden Systeme v. Savigny's fußend, wird der Begriff von Besitz (im Vergleich zur Savigny'schen Definition) dahin eingeschränkt: „Besitz ist die Möglichkeit mit einer Sache dasjenige Bedürfniß physisch zu befriedigen, zu dessen Befriedigung dieselbe ihrer Natur nach dient; und nach deutschrechtlicher Theorie als Besitzer jener charakterisirt, welcher vom Rechte im unmittelbaren Verhältnisse zu einer Sache geschützt wird", wonach der Moment der Apprehension im Erlangen des Schutzes liegt. Damit aber dieß Verhältniß von Dritten beachtet werde und nöthigenfalls der Rechtsschutz wirksam und rasch eintreten kann, ist öffentliche Kundgabe der Besitzübertragung nöthig, mit anderen Worten sie muß in solenner Weise vor sich gehen. Der sich anreihende Paragraph (§. 27) bespricht nach kurzer rechtsantiquarischer Notiz die Bedeutung der Münchner-Stadtgrundbuchsüberschreibung. Eine nähere Erörterung dieser Frage und der hier aufgestellten Besitztheorie würde den Raum einer „kurzen Anzeige" weit überschreiten, weßhalb wir dieselbe einer andern Gelegenheit vorbehalten wollen.

Da in den meisten Legislationen in Folge der Hypothekenbücher bei Besitzänderungen die Eintragung des neuen Besitzers im Hypothekenbuche angeordnet ist, war es dem Werkchen an diesem Orte nahe gelegt die rechtliche Bedeutung, Wirkung und Voraus-

setzung dieser Inscription nach den bedeutenderen Gesetzgebungen zu untersuchen. Im §. 28 werden auch dieselben nach dem code civile, dem bayer. Hypothekengesetz von 1822, dem preuß. Landrecht und dem österreichischen Gesetzbuch von 1811 einer genaueren Darlegung unterstellt, aus welcher wir entnehmen, daß das österreichische Gesetzbuch (und der sächsische Entwurf) den deutschrechtlichen Maximen der Uebereignung mittelst Intabulirung am nächsten steht, da derselbe zwischen bücherlichem und Naturalbesitz unterscheidet, welch letzterer jedoch nach der herrschendern Ansicht nicht im rechtlichen Sinne als Besitz angesehen werden darf.

Bei Immobilien und den diesen gleichgearteten Rechten ist für den Verkehr wie für einen wirksamen Rechtsschutz geboten, daß die verschiedenen Interessenten, das Gericht und bisweilen der Staat selbst in jedem Moment sichere Kenntniß darüber erlangen können, wer Eigenthümer sey und welche Eigenthumsverhältnisse (im weitern Sinne) existiren; dieß kann aber begreiflich durch bloße Protocollirung nicht erzielt werden, es bedarf hiezu der Eintragung in unter öffentlicher Autorität stehende Bücher über Grund und Boden, deren Einführung jeder Jurist, ja selbst der Laie mit dem Autor (der etwas per saltum zu den Grundbüchern kömmt) als höchst wünschenswerth für jede legislative Reform begrüßen wird. Gestützt auf das absolute Eigenthumsrecht und die Publicität, will Dr. v. B. das dingliche Recht nur durch den Bucheintrag entstehen lassen, mit andern Worten nur der Intabulirte ist rechtlich Besitzer (unabbrüchig der auch ohne Einschreibung bestehenden Haftung des Veräußernden gegenüber dem Erwerber aus dem persönlichen Rechtsverhältnisse), und alle Erwerbsarten an die bücherliche Uebereignung knüpfen, — eine Ansicht, welcher wir hinsichtlich der originären Eigenthumserwerbarten nach dem römischen und den demselben nachgebildeten Rechten nicht beipflichten zu können glauben. In richtiger Folgerung seines Systems muß der Verfasser die Ersitzung gegen den Buchsinhalt ausschließen, was S. 100 auch kurz erörtert wird. Zum Schlusse berührt das Werkchen die praktische Ausführbarkeit des Grundbuchinstitutes, und schlägt die Verschmelzung des Grundbuches mit den bestehenden Hypothekbüchern, so wie eine Verbindung desselben mit den Flurbüchern oder Steuerkatastern vor, was natürlich nur auf legislativem Wege bewerkstelligt werden könnte.

So sehr wir für die Einigung des Grundbuches mit dem Hypothekenbuche sind, und obwohl wir die praktischen Vortheile der angeregten weitern Verbindung keineswegs verkennen, so glauben wir doch, daß letztere in Berücksichtigung des gegenwärtigen Geschäftsorganismus und der festgewurzelten Competenzregulirung in der Ausführung auf nicht unerhebliche Hindernisse stoßen würde.

Wir schließen mit des Autors Wunsch, daß mit Gottes Hülfe recht bald eine durchgreifende Umwandlung der Civilrechtspflege herbeigeführt werden möge. — E —

---

2) Dr. August Kluckhorn, Geschichte des Gottesfriedens. Leipzig, 1857. S. 150.

Die Untersuchung der Landfriedensordnungen des deutschen Mittelalters hat den Verfasser dahin geführt, den Ursprung und die Ausbildung des sogenannten Gottesfriedens genauer zu erforschen. In dieser Schrift theilt er die Resultate seiner fleißigen Arbeit mit. Die furchtbare Verwirrung und Rechtsunsicherheit im Frankenreiche nach der Auflösung der karolingischen Monarchie im 10. und 11. Jahrhundert verlangte dringend nach außerordentlichen Heilmitteln. Die königliche Macht und die Staatsgewalt überhaupt war völlig gelähmt, die kirchlichen Mahnungen und Zuchtmittel wirkten nur sehr ungenügend und nur momentan. Das ganze Land ward von unzähligen Fehden zerrüttet, der Verkehr gehemmt, Mord und Raub an der Tagesordnung, und im Gefolge des innern Krieges aller wider alle kam die Hungersnoth und die Pest und machte das Maß des allgemeinen Elends voll. In solchen Zeiten entschlossen sich dann unter dem Eindruck der Noth in manchen Gegenden die sonst übermüthigen und rauflustigen Großen zu gemeinen Friedensgelöbnissen. Eine höchst merkwürdige Friedensverbrüderung solcher Art war das Gelöbniß vom Jahr 1036, welches sich von Aquitanien aus über Arelat, Burgund und ganz Frankreich verbreitete. Die Geistlichkeit förderte das Werk, das auf eine unmittelbare Eingebung Gottes gestützt ward; durch einen feierlichen Eid wurde der Friede

gekräftigt. Aber wie wenig auch das ausreichte, zeigt das Schicksal des Erzbischofs Aimo von Bourges. Er wollte 1038 auch für bewaffneten Schutz des beschworenen Friedens sorgen und schuf eine Friedenswehr, die selber wieder in Fehde mit den umliegenden Baronen verwickelt ward. Die ganze Mannschaft des Bischofs wurde vernichtet. 700 Geistliche, die an der Fehde Theil genommen, wurden erschlagen.

Die erste Spur des eigentlichen Gottesfriedens (treuga Dei) ist vom Jahr 1041. Ein Brief des Erzbischofs Raginbald von Arles, der Bischöfe Benedict von Avignon und Nitard von Nizza und des Abtes Odilo von Clugny fordert im Namen des gallischen Klerus die italienische Geistlichkeit auf, den Frieden Gottes ebenfalls anzunehmen und zu halten, wie er bereits von der französischen Geistlichkeit auf Eingebung Gottes angenommen worden sey. „Wir haben Gott vier Tage (in jeder Woche) geweiht und gelobt, daß der fünfte Tag der Woche (Donnerstag) zur Ehre der Himmelfahrt Christi, der sechste (Freitag) zum Gedächtniß seines Leidens, der siebente (Samstag) zur Erinnerung seiner Ruhe im Grabe und der Sonntag als Tag der Auferstehung heilig gehalten werde und in dieser Zeit bis zum Sonnenaufgang am Montag (der Verfasser setzt hier irrthümlich den Dienstag) Jedermann auch vor seinen Feinden sicher sey." Friedensbrecher werden mit der Verbannung bedroht.

Rasch verbreitete sich die neue im südlichen Frankreich entstandene und von der Autorität der Kirche getragene Institution, und wurde gelegentlich durch Aufnahme von Zusätzen erweitert und verschärft. Deutschland war damals unter der Regierung Heinrichs III. in viel geordneteren Verhältnissen als Frankreich. Der König empfahl und gebot wohl auf der Synode zu Constanz 1043 den gemeinen Landfrieden, aber von einem besondern Gottesfrieden in Deutschland ist in unseren Quellen aus jener Zeit noch nichts zu entdecken. Erst nachdem auch das deutsche Reich unter Heinrich IV. durch Bürgerkrieg und Aufstände zerrüttet worden, unternahm es der Erzbischof Sigiwin von Köln (1083) die treuga Dei, nach dem Vorbilde des Bischofs von Lüttich zunächst in seiner Diöcese einzuführen und andern Bischöfen zu empfehlen. Die heilige Friedensfrist ist aber hier auf drei Tage beschränkt. Freitag Morgens früh bis Montag Morgens. Wozu

aber die ganze Zeit von Advent bis nach Weihnachten und vom Beginn der Fasten bis acht Tage nach Pfingsten hinzukommt. Die Friedensbrecher werden auch hier zunächst mit Kirchenstrafen bedroht, aber doch zugleich auf die Verfolgung und Bestrafung durch die weltliche Rechtspflege hingewiesen. Immerhin blieb die Institution eine vorzugsweise kirchliche. Auch die Päpste fingen an sich derselben anzunehmen. Auf der berühmten Versammlung zu Clermont, welche zu dem Kreuzzug nach Jerusalem den Impuls gab, verkündete der Papst Urban II. den Gottesfrieden, und das allgemeine Lateranensische Concil von 1121, sowie das Concil zu Rheims von 1131 erließ zu Gunsten der treuga Dei canonische Ordnungen. B.

---

3) Dr. Thaddäus Lau, die Entstehungsgeschichte der Magna Charta. Hamburg, 1857. (Hoffmann und Campe.) kl. 8. 112 S.

Dieß Schriftchen, das wir dem Leser hiemit anzeigen, ist dem König Friedrich Wilhelm IV. von Preußen gewidmet. Es behandelt eines der interessantesten und einflußreichsten Ereignisse, welche die Geschichte des Staatsrechts kennt. Die vulgäre Ansicht, nach welcher die Magna Charta das Palladium und der Grundstein für Englands Größe und Wohlfahrt sey, will der Verfasser keiner principiellen Erörterung unterziehen; er beschränkt sich „auf die thatsächliche Darstellung des genetischen Entwicklungsprocesses der Magna Charta (S. 4).“ Nachdem dann in einer verhältnißmäßig sehr langen Einleitung (S. 1—22) die bei der Arbeit benutzten Quellen aufgezählt und charakterisirt sind, folgt eine einfache Erzählung der wichtigeren Vorgänge, welche in die Regierungszeit des Königs Johann (gewöhnlich Johann ohne Land genannt) fallen, namentlich derjenigen, welche sich auf den Kampf zwischen Innocenz III. und dem König beziehen. Veranlaßt war der Streit bekanntlich durch eine angefochtene Wahl zu der Würde eines Erzbischofs von Canterbury (1205). Innocenz nahm das Recht in Anspruch den Streit zu schlichten. Seine Entscheidung, ein Machtspruch, der sich über alle formellen und materiellen Rechtsnormen hinwegsetzte, kein richterliches Urtheil, ward vom König nicht anerkannt. Der darüber entbrennende Kampf, von der einen Seite mit vollster Ruhe und klarer Consequenz, von

der anderen in leidenschaftlicher Erregung und ohne alle Berechnung mit Grausamkeit und Härte geführt, endete mit einer völligen Niederlage des Königs: er erklärte sich dem Urtheile der Kirche in allen Stücken unterwerfen zu wollen, übergibt seine Krone dem Papste, um sie als Lehen von ihm wieder zu empfangen (1213) [1]. Die weitereren Ereignisse und Wirren bis zur Unterzeichnung der Magna Charta (15. Jun. 1215) werden nur sehr kurz aufgezählt. Weder von der Form, noch von dem Inhalte der Urkunde erfahren wir etwas näheres; kaum daß angedeutet wird, daß dieselbe mit älteren Acten von ähnlicher Bedeutung im innigsten Zusammenhange stehe. Unserem Auctor ist der schmähliche Act der Selbsterniedrigung wie er in der Oblation seiner Krone liegt, „die nothwendige Veranlassung für den König, seinen Baronen den Schwur auf die Magna Charta zu leisten" (S. 52).

Diese Auffassung der Entstehungsursache der Charte ist eben doch eine einseitige; so wichtig und einflußreich auch das Unterliegen des Königs in seinem Kampfe mit Rom für die innere Entwicklung Englands ist, so ist es doch nicht die einzige Ursache, die solche Wirkungen erzeugte.

---

4) Dr. Gust. Fischer, Professor der Staatswissenschaften in Jena. Ueber die Errichtung staatswissenschaftlicher Seminarien auf den deutschen Universitäten nebst einem Bericht über das staatswissenschaftliche Seminar zu Jena. Jena, 1857. 8. (bei Friedr. Mauke). 123 S.

Die Universität muß, wenn sie ihrer Bestimmung entsprechen will, in einer doppelten Weise auf die Studierenden zu wirken suchen, einmal durch die Vorträge, die sich in der Regel über eine ganze Disciplin verbreiten und die eben darum nur die

[1] Wie der König dazu kam, diesen Schritt zu thun, d. i. auf seine Krone zu Gunsten der Kirche zu verzichten, darüber finden wir auch in unserer Abhandlung keine Erklärung. — Der zwischen dem König und dem Oberhaupte der Kirche geführte Streit bietet in seinen einzelnen Stadien so manche Momente, welche man in unseren Tagen ins Gedächtniß zu rufen wohl für zweckmäßig halten mag.

Elemente derselben und den allgemeinen Ueberblick über sie geben können; — dann durch Uebungen, welche sich ergänzend den Vorlesungen anschließen, indem sie in das Detail der einzelnen Wissenschaften niedersteigen, die Handhabung und Anwendung der allgemeinen Principien lehren und dadurch zur selbständigen Thätigkeit anregen. Um diese Uebungen nach einem festen Plane zu regeln, hat man sowohl früher als in neuerer Zeit Seminare gegründet. Für die Staatswissenschaften haben solche aus inneren und äußeren Gründen bisher nicht bestanden; nur an der Universität Jena ist seit dem Sommer 1849 ein staatswissenschaftliches Seminar in Wirksamkeit, und der eine der Directoren desselben theilt in der obenerwähnten Broschüre die Grundsätze mit, welche man bei seiner Einrichtung und Leitung befolgt hat. Bei der Bedeutung, welche wir den Seminarien sowohl in theoretischer wie in praktischer Beziehung für die Rechts- und Staatswissenschaften beilegen zu müssen glauben, hielten wir es für zweckmäßig, unsere Leser mit einigen Worten darauf aufmerksam zu machen.

Als die beiden Hauptzweige der Staatswissenschaften bezeichnet Fischer das öffentliche Recht und die Politik. Diese Theilung bildet die Grundlage für die Organisation des Seminars und für die Ordnung und Leitung der Uebungen in demselben. Er will nämlich die Vertreter des öffentlichen Rechts und der Politik zu Directoren für das Seminar bestellt wissen, die dann gesonderte Uebungen, welche jedoch für alle Theilnehmer am Seminar bestimmt sind, zu veranstalten haben. Zum Gegenstand der Uebungen, glaubt F., werde am besten eine einzelne wichtige staatswissenschaftliche Materie von solchem Umfange gewählt, daß sie in Einem Semester (je 2 Stunden wöchentlich) gründlich und allseitig behandelt werden kann. In jeder der beiden Gruppen wäre diese Materie dann jedesmal aus einer anderen Disciplin zu nehmen, also z. B. im ersten Semester aus dem deutschen Staatsrechte, im zweiten aus dem Völkerrechte u. s. w. Steht die Wahl der Materie fest, so ist die erste Aufgabe für die Seminaristen, daß sie sich den einschlägigen wissenschaftlichen Stoff — die Literatur, Geschichte und Statistik des Gegenstandes — möglichst vollständig zu eigen machen. Um sich dessen zu vergewissern, läßt der Director über dieses ganze Materiale an Literatur 2c. schriftliche Auszüge machen und mündliche Berichte er-

statten, mit denen beurtheilende Erörterungen verknüpft werden. Die deßfallsigen schriftlichen Arbeiten jedes einzelnen Mitgliedes müssen vorher unter allen Theilnehmern des Seminars in einer gewissen Ordnung circuliren, ehe die mündliche Debatte beginnt.

Auf Grund dieser Vorbereitung, die etwa die Hälfte des Semesters in Anspruch nehmen soll, können nun die Mitglieder für befähigt gehalten werden, selbständige schriftliche Arbeiten über ein Thema zu liefern, das zu der Materie für welche man sich vorbereitet hat, unmittelbar gehört oder doch mit derselben in naher Verbindung steht. Jede Arbeit dieser Art wird den Seminarsgenossen zur Einsicht und Kenntnißnahme mitgetheilt, und einer aus ihrer Mitte wird zum Recensenten bestellt. Hat sie den Umlauf vollendet, so beginnt die mündliche Verhandlung über dieselbe, an der so viel möglich alle gleichmäßig sich betheiligen sollen.

Dieß sind die Grundzüge der Anstalt, welche unser Auctor als Ergänzung unserer Universitäten empfiehlt. Wir wünschen, daß nicht bloß seine Vorschläge Anerkennung, sondern daß sein Beispiel auf den übrigen Universitäten Nachahmung finden möge.

P.

XIII.

Uebersicht der Zeitschriften.

9) Archiv des Criminalrechts. Neue Folge. Jahrgang 1856.

---

10) Der Gerichtsſaal. Zeitſchrift für volksthümliches Recht. Unter Mitwirkung vieler . . . Juriſten herausgegeben von Dr. Friedr. Chriſt. v. Arnold, Präſidenten des Appellationsgerichts in Eichſtätt, Dr. Ant. v. Hye-Glunek, Profeſſor in Wien, und Dr. Friedr. Oskar Schwarze, Oberſtaatsanwalt in Dresden. Achter Jahrgang (1856). Erlangen, 1856. gr. 8.

Inhalt des erſten Bandes.

IV. Die neue Civilgeſetzgebung des Kantons Neuenburg. Vom Fürſprecher Vogt zu Bern. S. 39.

V. IX. XV. XXII. XXIV. und XXVIII. Ueberſichten aus dem franzöſiſchen Rechtsleben. Von Dr. Julius Levita, Advocat der öſterreichiſchen Geſandtſchaft in Paris. S. 70, 126, 202, 292, 376 und 496.

VI. und VIII. Ueber die Vermehrung der Meineide. Von Arnold. S. 76 und 121.

VII. Die Lehre von der Herſtellung des Thatbeſtandes in Bezug auf die Tödtlichkeit der Verletzungen. Von Mittermaier. S. 81.

X. Ueber den Bundestagsbeſchluß vom Januar 1854; die gegenſeitige Auslieferung der Verbrecher betreffend. Vom Regierungs- und Juſtizrath v. Egidy in Koburg. S. 136

XI. Skizzen aus der Mappe. Von Advocat Bopp in Darmſtadt. S. 149.

XIII. Das ſtrafbare Aufregen. Von Dr. T. Brackenhoeft, a. o. Prof. in Heidelberg. S. 461.

XIV. Die Lebensfrage der Berufung im Strafproceſſe mit beſonderer Bezugnahme auf Bayern. Von Appellationsrath Rehm zu Bamberg. S. 179.

Anhang von Arnold. S. 195.

XVI. Die Rechtspflege in Schweden. Vom Kreis- und Stadtgerichts-Protokolliſten Huber in Augsburg. S. 210.

XVII. Zuſammenlegung od. Theilung d. Landgüter. Von Arnold. S. 216.

XVIII. und XX. Erinnerung an A. v. Feuerbach. Angeknüpft an die Betrachtung von deſſen „biographiſchem Nachlaß“ beſonders des rechtswiſſenſchaftlichen Theiles. Von H. Abegg. S. 230 und 241.

XXI. Ueber die Verwerfung der Zeugen nach franzöſiſchem Recht. Von Dr. Eduard Levita, Advocat-Anwalt in Alzey. S. 276. Fortſetzung in B. II. S. 193.

XXIII. Das Notariat und die öſterreichiſche Notariats-Ordnung vom 21. Mai 1855. Von Arnold. S. 299.

XXV. Zur Nothwehrtheorie. Vom Geh. Juſtizrathe Dr. Krug zu Dresden. S. 321.

XXVI. Ueber Vorenthaltung gefundener Schätze. Vom Staatsanwalt-Subſtitut Stenglein zu München. S. 340.

XXVII. Commentar zur Strafproceßordnung für das Königreich Sachſen vom 11. Auguſt 1855. Von Dr. Friedrich Oskar Schwarze, königl. ſächſiſcher Ober-Apell.-Rath und Ritter des königl. ſächſ. Verdienſt-Ordens. Erſter Band. Leipzig, Voigt und Günther. 1855. IV. u. 308. S. 8. Vom Geh. Juſtizrath Profeſſor Dr. Abegg zu Breslau. S. 363.

XXIX. Der dienſtliche Befehl zum Verbrechen als Grund der Strafloſigkeit. Vom Geheimrathe W. Brauer in Karlsruhe. S. 381.

XXXI. Das Erbrecht der Franzoſen. Von Dr. jur. Frey zu Neuſtadt a. d. Haardt. S. 401.

Inhalt des zweiten Bandes.

XIV.

Zur Rechtsphilosophie. Zwei Extreme.

1) Ludwig Knapp, System der Rechtsphilosophie. Erlangen. Ferd. Enke. 1857. S. 246.

Wer in dieser Schrift „ein System der Rechtsphilosophie" aufsucht, wird sich bald davon überzeugen, daß der Titel und der Inhalt des Buches nichts mit einander gemein haben als die Prätension, mehr zu scheinen als sie sind. Der Verfasser unternimmt es, die bisherige Rechtswissenschaft als eine leere Einbildung zu verwerfen, und bildet sich ein, die Aufgabe einer neuen dieselbe ersetzenden Rechtsphilosophie näher abgegränzt und das Fundament derselben begründet zu haben.

Er ist ein eifriger Anhänger der materialistischen Richtung, und als solcher kann er sich einer sogenannten moralischen Wissenschaft gegenüber nur negativ verhalten. Im Gegensatze zu einer bloß spiritualistischen Abstraction und Leere, die freilich in der Rechtsphilosophie eine Zeit lang ihre hochmüthige Nichtigkeit zur Schau getragen hat, ist zuweilen ein derber Materialismus, der die Menschen daran erinnert, daß sie ohne Fleisch und Bein keine Menschen wären, ganz am Platze und eine gesunde Reaction. Aber wenn sich der Materialismus anmaßt, den Menschen zu behandeln als wäre er nur Fleisch und Bein, und Fragen des Geistes zu beantworten als hätte der Mensch keinen Geist, so erscheint uns der Materialismus in dieser entgegengesetzten Einseitigkeit nicht wahrer als jener Spiritualismus, aber um vieles

abgeschmackter und geistloser. Wenn es sich darum handelt, die Fruchtbarkeit oder Unfruchtbarkeit des Bodens zu messen, oder den Verkehrswerth der Sachgüter zu bestimmen, so gebührt dem Materialismus eine Stimme; wenn aber der Unterschied von Recht und Unrecht in Frage ist, so muß er sich bescheiden, dafür keine Wage und kein Gewicht in seiner Wage zu haben.

Wir sprechen dem Verfasser weder Scharfsinn noch Witz ab, aber wir beklagen es, daß er seinen Scharfsinn und seinen Witz so fruchtlos vergeudet hat. Er hat mit seiner Logik ins Wasser geschnitten und die Raketen seiner Witze in die Winde zerstreut. Er versichert uns, in seinen Untersuchungen die „naturforschende Methode" beobachtet zu haben. Aber die wirklichen Naturforscher werden ihre Methode in seiner Arbeit nicht wieder erkennen. Die naturforschende Methode geht von der nüchternen Betrachtung der sinnlich-wahrgenommenen Erscheinung aus, und sucht von da aus allmählich in der Erfassung der leitenden Gesetze vorzubringen; aber sie hütet sich — theils mißtrauisch gegen die Neigung des Geistes zur Allgemeinheit und Einheit des Gedankens, theils in bescheidener Selbstbeschränkung – irgend ein Gesetz für wahr zu erkennen, das sie nicht durch ihre Experimente von verschiedenen Seiten her sinnlich geprüft und wahrscheinlich gemacht hat. Es ist in dieser Methode tief begründet, daß sie **nur relative Beweise** und **nur relative Wahrheit kennt**; aber wie beschränkt auch beide sind, in dieser Beschränkung haben sie einen hohen Grad von **Sicherheit** und **Anschaulichkeit**. Diese Methode ist in der Rechtswissenschaft schon lange, soweit dieselbe hier eine analoge Anwendung findet, als die **historische** Methode bekannt und geübt worden. Der Rechtshistoriker betrachtet voraus die in der Völkergeschichte offenbar gewordenen Rechtsinstitutionen, und die historische Methode hält einen Rechtsbegriff nur insofern für richtig und wahr, als er in bestimmten Verhältnissen als historisches Gesetz offenbar geworden ist. Je mehr aber im Recht neben der körperlichen Gestaltung auch der Geistesgehalt von Bedeutung ist, um so weniger durfte sich die Rechtswissenschaft ausschließlich auf die Zeichnung der gemeinsamen Merkmale beschränken, welche die äußere Rechtserscheinung von fremden Erscheinungen unterscheiden und mit verwandten verbinden. Da die Entwicklung des Rechts vornehmlich von dem Geistesleben der Menschen bestimmt

wird, so mußte sie auch die Art des Geistes, die sich weder mit dem Secirmesser, noch mit dem Barometer bestimmen läßt, zu erkennen sich bemühen, und in wesentlich geistigen Dingen von dem logischen Selbstbewußtseyn aus denken: d. h. sie konnte die philosophische Methode nicht entbehren. Sie durfte nicht einseitig von der peripherischen Mannichfaltigkeit der Erscheinungen, sie mußte auch von der centralen Einheit des Geistes aus sich zurecht finden. In der Verbindung beider Methoden, zu welcher die neuere Rechtswissenschaft endlich durchgedrungen ist, hat sie ihrerseits eine höhere Stufe der Fortbildung erreicht, und ist nicht willens, sich auf einen bereits überwundenen Standpunkt der einseitig empirischen Methode zurückzerren zu lassen. Sie erwartet vielmehr, daß in nicht sehr ferner Zukunft die Naturforschung eben so zum Frieden mit der Naturphilosophie gelangen werde, wie ihn die Rechtshistorie und die Rechtsphilosophie nach langen Kämpfen abgeschlossen haben.

Die Methode des Verfassers ist aber auch nicht die historische. Er springt über die historische Erfahrung nicht minder leichtfüßig hinweg als irgend ein Verehrer der früheren naturrechtlichen Methode. Ueberhaupt erinnert die schnellfertige und abstracte Manier seiner Dialektik und die geschraubte Unverständlichkeit seiner Sprache bei weitem mehr an alle die Mängel und Schwächen der von ihm verachteten deutschen Philosophen, als an die Vorzüge der Naturforscher. Was ihn von jenen unterscheidet und scheinbar diesen nähert, ist bloß der materielle Ausgangspunkt der Untersuchung, nicht ihre Art noch ihre Resultate.

Er unterscheidet das reine Denken und das phantastische Denken. Unter jenem versteht er „die Auflösung der Vorstellung, d. h. der im Gehirn verbundenen Empfindungen der Sinnesnerven." „Alles Denken ist nur Vorstellen der empfundenen Sinnlichkeit, also insofern der Wirklichkeit, da es keine Empfindungselemente d. h. keine einfachen Sensationen erfinden kann; wohl aber vermag das Denken die empfangenen Sensationen aus ihrem räumlichen und zeitlichen Zusammenhang zu versetzen und so durch diese nachgährende Gedächtnißthätigkeit — die Phantasie — Vorstellungen zu bilden, denen eine wirkliche Existenz nicht entspricht. Der Glaube an diese zwar aus wirklichen aber entordneten Elementen zusammengesetzten Gebilde ist das phantastische

Denken, dessen Charakter folglich die principielle Nothwendigkeit des Irrthums und dessen unmittelbarer vernichtender Gegensatz demnach das reine d. h. streng sinnliche Denken ist, das die Einheit der Vorstellung und ihres Gegenstandes, also die Wahrheit und nichts als die Wahrheit zu seinem Principe hat." (S. 13.)

Zu dem phantastischen Denken rechnet er sodann so ziemlich alles Denken über den moralischen und geistigen Zusammenhang der Welt. Die Volksreligion und die Gelehrtenreligion (die Speculation), das Recht und die Moral sind ihm nur theoretische und praktische Phantasmen (S. 41), und die Aufgabe der Philosophie ist nur die, diese Phantasmen in ihrer Nichtigkeit klar zu machen. „Die Rechtsphilosophie ist nichts anderes als die Erkenntniß der Rechtsphantasmen." (S. 243) „Indem sie das Rechtsgebiet von Einbildungen säubert, besorgt sie den Bahnbruch für die radicale Methode, in welche dann die Politik für die Inhaltserkenntniß, und die Rechtswissenschaft (die er anderwärs ganz enge als Richterwissenschaft definirt) für die Fassung des Rechts bodenfest in Arbeit treten."

An diesen Unterscheidungen und Behauptungen hat sicherlich die Phantasie des Verfassers einen gewaltigen Antheil. Vermuthlich hat sie sich an ihm rächen wollen und ihm einen Possen gespielt. Da er sie als eine Verderberin des reinen Denkens verschrie — sie, die dem reinsten Denken hülfreiche und unentbehrliche Dienste leistet — so hat sie seinen Kopf mit den wunderlichsten Phantasmen angefüllt und seine „reinen" Gedanken so „phantastisch" verwirrt und getrübt, daß es für den recht nüchternen Logiker eine harte Arbeit wäre, alle diese Gebilde seiner „Sinnesnerven" reinlich aufzulösen.

Wer weiß nicht, daß die Erregbarkeit unserer Nerven die physische Bedingung unseres menschlichen Denkens ist? Aber wer in dem Denken nichts anderes als die Schwingungen der Nerven sieht, der hat von dem Act des Geistes, den wir Denken heißen, nichts begriffen. Sogar wenn es wahr wäre, was Knapp behauptet, daß Alles meßbare Quantität sey, und daß auch der Gedanke und die Liebe nach den Schwingungen der Nerven gemessen werden können (S. 25), so hilft uns diese Annahme so lange nichts, als es noch niemanden geglückt ist, ein Instrument zu finden, welches als Gedankenmesser dient. Wir können die Schwin-

gungen der Saiten zählen, welche die verschiedenen Töne hervorbringen, aber mit allen diesen Messungen haben wir nicht einmal für das Verständniß einer musikalischen Composition einen erklärenden Schlüssel gewonnen, und noch weniger ist auf diesem bewußten arithmetischen Wege eine große Symphonie oder auch nur ein schönes Lied hervorgebracht worden. Könnten wir eben so die Nervenschwingungen berechnen, welche für die mancherlei Gedanken unentbehrlich sind, so würden uns die Gedanken selbst dadurch um nichts klarer und es würde damit kein neuer Gedanke erzeugt werden. Alle Wissenschaft ist nur insofern von Werth, als sie, was uns zuvor unbekannt und dunkel war, klar macht, als wir durch sie ein Verständniß gewinnen, als es in unserem Bewußtseyn licht wird. Behauptungen, welche nichts zu erklären vermögen, sind kein Bestandtheil der Wissenschaft: und von der Art sind die Phantasmen des Verfassers. Sie sind unwissenschaftlich und unpraktisch zugleich.

Uebrigens ist das alles schon da gewesen, und vollkommener als er es bietet. Der Engländer Bentham hat eben so den sittlichen Charakter des Rechts geläugnet, und eben so die gesammte Rechtswissenschaft durch eine bloße Arithmetik der Interessen zu ersetzen versucht. Bentham war nicht weniger radical als Knapp ist, aber er war um vieles klüger und scharfsinniger. Er hat doch noch besser verstanden die sinnlichen Elemente und die geistigen Momente, die in uns Menschen verbunden sind, zu unterscheiden. Und so plump waren seine Argumente nicht, um „die Macht der rein gesinnungslosen Wissenschaft" durch „das Blitzeswüthen der Fäuste" zu bewähren, wie Knapp (S. 9) es in Aussicht stellt. England aber in seiner historischen Größe und Stärke kann weit leichter derlei Verirrungen der Theorie ertragen, als Deutschland, das an theoretischer Verwirrung der Begriffe wie an politischer Uneinigkeit ohnehin so schwer zu leiden hat.

Der Verfasser spricht am Schlusse seiner Schrift die Zuversicht aus, daß in dem Kampfe zwischen der radicalen Denkmethode und der Einbildung „die Tausende," welche für jene streiten, „die Millionen abwürgen werden," welche zu dieser stehen. Wir sind im Gegentheil der Meinung, daß derartige Theorien, wenn sie praktisch werden sollten, die erschreckten Völker eher dem Absolutismus des Staates und der Kirche — der doch auch mehr als

bloße Einbildung ist — in die Arme treiben, als irgend einen Fortschritt der Civilisation herbeiführen würden. Das Recht der „Zahl" und das Recht der „Armeen" haben absolute Despoten von jeher noch besser zu handhaben verstanden, als ihre eben so extremen und eben so absoluten aber viel weniger einheitlichen Gegenfüßler.

---

2) Ernst Freiherr v. Moy de Sons, Grundlinien einer Philosophie des Rechts aus katholischem Standpunkte. Wien. 1854.

In der vorhin besprochenen Schrift gefiel es einem Zeitgenossen den wunderbaren Bau des Rechts von dem materiellen Standpunkte der Handlanger aus zu betrachten, welche Kalk und Steine dazu herbeischleppen. In diesem Buche erhebt sich ein anderer auf den Schwingen des religiösen Gefühls in die Region des Ewigen, um aus überirdischer Höhe den Plan jenes Baues zu begreifen. Sicherlich ist der letztere ideale Standpunkt viel vornehmer und hoffnungsvoller als der erstere. Im Alterthum und im Mittelalter haben es manche der größten Geister auch versucht, mit mehr und mit weniger Glück. Aber es gehört eine starke Schwungkraft und ein scharfer Blick des Geistes dazu, sowohl um die rechte Höhe zu finden, von der aus der Ueberblick über den Bau des Rechts gewonnen wird, als um denselben wirklich zu übersehen. Die Gefahr, statt der Götterbilder bloße Nebelbilder zu umarmen, ist hier sehr groß.

Von jeher haben es die Theologen — katholische und protestantische — versucht, den Rechtsbegriff und die Rechtsinstitutionen von dem religiösen Dogma aus klar zu machen. Eine Zeit lang sind die Juristen ihrem Vorgang und ihrer Leitung gefolgt. Aber wenn wir der Wahrheit die Ehre geben, so können wir nicht sagen, daß bisher die Wissenschaft des Rechts dadurch sehr gefördert worden sey. Sie ist im Gegentheil dunkler und leidenschaftlicher zugleich geworden: dunkler, indem göttliche und menschliche Dinge und indem religiöse Gefühle und logische Gedanken in einer mystischen Trübung zusammen schmolzen; und leidenschaftlicher, indem die welche so dachten, in ihrem Eifer leicht sich vermaßen, ihre eigenen menschlich beschränkten Gedanken mit dem allgewaltigen Zorne Gottes zu verfechten. Niemand, der die Geschichte kennt, wird

den Einfluß der christlichen Religion auch auf die moralische Läuterung und auf die Humanisirung des Rechts gering achten, aber auch niemand der die Geschichte kennt, es zu läugnen wagen, daß den heidnischen Römern ein noch größerer Antheil an der Begründung und Vervollkommnung des Rechts zukomme als der christlichen Religion, und daß die heutige Civilisation in rechtlicher Beziehung in weit höherem Grade das Werk der weltlichen von der religiösen Dogmatik ganz abstrahirenden Wissenschaft sey, als der theologischen oder theologisirenden Doctrinen. Wir erinnern daran, nicht um zu bestreiten daß nicht auch heute noch ein einzelner Gelehrter das Recht von dem religiös-dogmatischen Standpunkte aus betrachten könne — die Wahl seines Standpunktes steht jedem Denker frei — sondern um den Zweifel dagegen zu begründen, daß der katholische Standpunkt vorzüglich geeignet sey, um den Grundplan des Rechts zu erkennen, und um überhaupt auf den Unterschied zwischen Religion und Recht wie auf die verschiedenen Wege des religösen Glaubens und des philosophischen Denkens aufmerksam zu machen.

Es steht uns nicht an, zu beurtheilen, inwiefern der Verfasser auf dem kirchlichen Standpunkt, den er gewählt hat, gehörig orientirt sey, und ob seine Theorie mit der kirchlichen Lehre in voller Uebereinstimmung sey oder nicht. Das ist eine kirchliche, keine rechtswissenschaftliche Frage, die allein uns hier interessiren kann. Wir halten uns ausschließlich an das Bild des Rechts, das er von dort aus gezeichnet hat, und da können wir freilich nicht verhehlen, daß dasselbe unseres Erachtens weder der Realität entspreche noch den Werth eines vorleuchtenden Ideales habe, und daß folglich die ganze Untersuchung für die Rechtswissenschaft nicht sehr fruchtbringend geworden sey. Eher noch nähert sich die erste Abtheilung, das Privatrecht, der Wahrheit, als die zweite, das Kirchenrecht; und jene wohl gerade darum eher, weil sie weniger als die zweite in der religiös-dogmatischen Begründung gefangen ist, und, sey es bewußt sey es unbewußt, gar manches, wovon das Dogma nichts weiß, von den heidnischen alten Römern und von den ungläubigen Philosophen der neueren Zeit entlehnt hat. Einzelne arge Züge entstellen freilich auch das Bild des Privatrechts. So wird die Sklaverei des Alterthums für „vollkommen gerechtfertigt“ erklärt und geradezu der „göttlichen Ge-

rechtigkeit" zugeschrieben „als eine Folge der Sünde und der Verwerfung vor Gott", und als „ein Mittel des Menschen, um den verworfenen Menschen trotz seines Falles wieder zu seiner Bestimmung zurück zu führen." Aber die Alten dachten, indem sie andere zu Sklaven machten, nicht entfernt daran, solches zum religiösen Heil der Sklaven zu thun; sie dachten lediglich an sich und mißbrauchten die Gewalt, die ihnen momentan zu Gebote stand, um andere Schwächere willkürlich zu beherrschen und zu benutzen. An diesem Unrecht aber sind die Menschen ganz allein und nicht Gott schuld, der das Gepräge der persönlichen Würde — und damit die Unzulässigkeit der Sklaverei — ganz deutlich dem Menschen auf die Stirne geschrieben hat. Dieses Zeichen war „nach dem Fall" wie vor dem Fall zu lesen. Nicht um einem Gesetz der Natur oder einem Gebote Gottes gehorsam zu seyn, sondern in trotziger Auflehnung wider dasselbe, lediglich aus übertriebener Selbstsucht, haben die alten Völker die Sklaverei eingeführt und festgehalten. Die römischen Juristen haben dessen kein Hehl. Sie wissen ganz gut, daß die Sklaven als Menschen keine Sachen, sondern Personen seyen, und erklären dieselben trotzdem in ihrem Recht für Sachen und keine Personen.

Dem Privatrecht steht das öffentliche Recht gegenüber, und da ist nach der gemeinsamen Doctrin der alten und der neuen Juristen wie nach der heutigen Realität die Organisation des Staats, die höchste Gestaltung des Rechts auf der Erde; die Rechtsgestaltung der Kirche erscheint für die Gesammtentwicklung des Rechtes doch nur in secundärer Stellung. Ganz anders aber nimmt sich das Bild aus von dem Standpunkt des Verfassers. Er sieht vor der Kirche den Staat nicht. Die Kirche ist ihm das einzige Reich der Menschheit, und an der Spitze dieser Einen göttlich-menschlichen Lebensgemeinschaft erschaut er den Papst als den bevollmächtigten und vorzüglichsten Vertreter Christi, als den wahren König der Könige. Der Staat erscheint ihm nur als eine Vorbedingung zur Kirche und als eine Unterabtheilung der Kirche. Der Staat ist für ihn nur die Ordnung der Laienwelt (S. 218); und der Laienstand ist „das gehorchende, zu beseelende und das geistige Leben empfangende, leibliche Element der Kirche." Der Priesterstand dagegen ist „das erkennende und, als Träger und Organ des höheren Lichtes, das

den Körper durchleuchtende, in ihm geistig zeugende und leitende Princip." „Aus der Einwirkung des Priesterstandes auf den Laienstand entwickelt sich" der dritte Stand in der Kirche, den er für bedeutend genug hält, um ihn dem Klerus und den Laien an die Seite zu stellen, der Ordensstand, als dessen bewußteste und höchste Verkörperung er den Jesuitenorden verehrt. „Das Ordensleben," schreibt er S. 216, „ist an die Stelle des alten Prophetenthums eingetreten, es ist das eigentliche Organ und der Hauptträger des göttlich-menschlichen Lebens der Kirche. Die Orden sind gleich der Seele in den ganzen Leib der Kirche ausgegossen und dürfen daher nirgend durch die Schranken der Nationalität oder des Diöcesanverbandes gefesselt und eingeengt werden" (d. h. wohl in praktischem Ausdruck, sie dürfen weder der staatlichen Gerichtsbarkeit und Polizeigewalt noch der bischöflichen Aufsicht und Disciplin unterworfen werden).

Vergleichen wir mit diesem wunderlichen Bilde die Wirklichkeit in der civilisirten Welt, so finden wir in dieser nichts jenem ähnliches, wohl aber den entschiedensten Widerspruch der Weltgeschichte — in der doch die göttliche Weltleitung auch ihren Antheil hat, gegen jene Grundanschauung.

Nirgends ist der Staat mehr eine bloße Ordnung für die Laienwelt, mit Ausschließung des Klerus, sondern er ist — allerdings eine von weltlichem Geiste erfüllte und in weltlicher Form verkörperte — Gemeinschaft der gesammten Bevölkerung. Die Geistlichen sind daher überall zu Unterthanen des Staates wieder geworden, was sie ursprünglich waren, und nur eine Zeit lang während des Mittelalters — und nicht zum Besten der Menschheit — zu seyn aufgehört hatten. Da die Gesetze des Staates im letzten Grunde auf der gemeinsam-menschlichen Natur beruhen, die in den Geistlichen auch ist wie in den Laien, so kann der Staat von seinen menschlichen Ordnungen den Klerus unmöglich ausscheiden, ohne mit dem Princip, worauf er ruht, in den schreiendsten Widerspruch zu gerathen. Wer daher heute noch Immunitäten für den Klerus verlangt, wie sie von der Geschichte längst verworfen und begraben sind, stört nur den Frieden des Staates, ohne seine Wünsche erreichen zu können.

Es hat ferner eine Zeit gegeben, in der es kein Unsinn war,

die Geistlichkeit als die einzigen Organe und Träger der Erkenntniß zu bezeichnen, in der die Geistlichen die Lehrer, die Laien nur ihre Schüler waren. Wer aber kann das auch für die heutige Welt behaupten? Die Wissenschaft ist den Laien wie den Geistlichen zugänglich geworden, und es gibt sicherlich noch mehr Denker und mehr Organe und Träger der Erkenntniß unter jenen als unter diesen. Ganz besonders aber gilt das von der Wissenschaft und Pflege des Rechts, die nun seit Jahrhunderten vornehmlich als eine weltliche Wissenschaft von Laien vertreten wird. Um daher das Ideal des Verfassers der Verwirklichung näher zu führen, müßten vorerst die Laien wieder in die Unwissenheit des 10. Jahrhunderts zurückversetzt, und dafür gesorgt werden, daß die Erziehung der Geistlichen in vorzüglichem Maße der Erkenntniß weltlicher Dinge zugeführt werde. Das erste Erforderniß ist Gott sey Dank eine Unmöglichkeit, und das zweite zu berücksichtigen haben die am wenigsten Lust, welche die Erziehung des Klerus in dem Geiste des Verfassers d. h. in möglichst exclusiv-klerikalem Sinne betreiben.

Wir wüßten gegenwärtig auch keinen Staat mehr, welcher die Oberherrlichkeit des Papstes anerkennt, wie es der Verfasser als die wahre Regel des christlichen Staates fordert, mit einziger Ausnahme des Kirchenstaates, in welchem kein weltlicher Souverän neben dem Papste, sondern der Papst selbst weltlicher Souverän ist. Und selbst auf diesem eigensten Gebiete der kirchlich-politischen Gewalt haben sich die Schwierigkeiten ihres Bestandes so fühlbar gemacht, daß dieselbe nur mit Hülfe fremder Truppen und fremder von dem Papste ganz unabhängiger Staaten sich zu erhalten vermag, und ganz ernstlich von befreundeten Staatsmännern die endliche Säcularisirung der Aemter auch in Rom empfohlen wird. Es sieht daher gar nicht darnach aus in der Welt, als wären „die Machthaber willens ihre stolze Unabhängigkeit aufzugeben, zu bloßen Gehülfen der Stellvertreter Christi zu werden und in die Stellung von Diaconen zwischen Volk und Priesterthum einzutreten.“ (S. 219.) Würden sie es aber, der kirchlichen Ermahnung des Verf. folgend, thun, so würden sie sicher nicht den versprochenen „Frieden und eine unverbrüchliche Autorität“ eintauschen, sondern umgekehrt ihre Völker in die heftigsten Gährungen versetzen; denn unter allen Arten des Regi-

ments ertragen die civilisirten Völker der modernen Welt am allerwenigsten das klerikale Regiment.

Offen gestanden, wir halten solche kirchlich motivirte Angriffe auf die ganze Existenz der bürgerlichen und staatlichen Rechtsordnung Europa's für nicht minder verwerflich, weil dabei die göttliche Autorität mißbraucht wird und im weiteren Verfolge dieser Tendenzen die unberechenbare Macht des mißleiteten Volksglaubens zum Fanatismus gereizt würde, auch für nicht minder frevelhaft und gefährlich als die Angriffe der Communisten und Materialisten. Dessen ungeachtet können wir es nur billigen, wenn die Vertreter der entgegengesetzten Extreme ihre Ansichten ungehindert und ungestraft aussprechen dürfen. Es ist viel besser, wenn man erfährt, was für Ideen und Tendenzen in den verschiedenen Parteilagern Vertheidiger und Anhänger finden, als wenn die zurückgehaltene Leidenschaft im Stillen bösartiger noch um sich greift. Die Welt weiß dann doch, zwischen welcher Scylla und welcher Charybdis wir heutzutage hindurchschiffen müssen, um nicht an der Brandung der einen oder in den Wirbeln der andern unterzugehen.

München im Mai 1857.

Bluntschli.

XV.

Das Beweisverfahren nach deutschen Rechten.

(Fortsetzung und Schluß.)

2. Das Recht zur Beweisführung.

Von der Beschaffenheit der einzelnen Beweismittel, welche der ältere germanische Proceß kennt, ist in unserm ersten Artikel gehandelt worden; es kann demnach nunmehr zur Erörterung der weiteren Frage übergegangen werden, wie sich deren Rangverhältniß unter einander regele, und nach welchen Grundsätzen die Vertheilung der Beweisführung unter die Streittheile sich richte. Auch bei der Besprechung dieser Punkte wird wieder die genaueste Scheidung der einzelnen Stammrechte und der verschiedenen Entwickelungsstufen nöthig, welche diese durchzumachen haben; auch hier kann aber freilich diese überreiche Mannigfaltigkeit der Gestaltungen nur in einzelnen Beispielen angedeutet, dagegen nicht im entferntesten genügend ausgeführt werden.

Was nun zunächst das Rangverhältniß unter den verschiedenen Beweismitteln betrifft, so kann ein Zweifel darüber nicht bestehen, daß nach dem ältesten Rechte der Zeugenbeweis allen anderen Beweisarten vorgehe. Wo eine „Ur-Kunde", also volle Notorietät constatirt ist, kann der Natur der Sache nach von einer Widerlegung durch andere Beweismittel nicht die Rede seyn, und auf den Zeugenbeweis, welcher den gerichtlichen Augenschein und das Dingzeugniß als einzelne Unterarten in sich begreift, beschränkt sich der Ausdruck „Beweisung" probatio, probalia, wo

derselbe im technischen Sinne gebraucht wird. Ist aber eine Beweisführung durch Zeugen im gegebenen Falle nicht möglich, so wird zu dem nächsten Behelfe gegriffen, nämlich zum Parteieneide, möge dieser nun allein geschworen werden oder mit Eidhelfern, deren Zahl und Beschaffenheit sich nach dem Werthe des Streitobjectes bestimmt. Der Parteieneid, insbesondere der in alter Weise mit 12 Händen abgelegte, gilt aber als ein „Recht" der Partei (altnordisch lag, lög); erst von ihm aus abgeleitet wird die gleiche Bezeichnung allenfalls auch auf andere Beweismittel übertragen [1]). Endlich für die Fälle, in welchen ein Zeugenbeweis nicht erbracht und doch aus irgend welchem besonderen Grunde die Partei auch nicht zum Eide gelassen werden kann, wird dieser als ein letzter Ausweg noch die Zuflucht zum Gottesurtheile gelassen, zum „Urtheile" also im engsten Sinne des Wortes, möge man das Wort nun als die Urentscheidung deuten, oder, wozu die alte schwedische Rechtssprache einen Anhaltspunkt gewährt [2]), als die Beseitigung alles Theiles, d. h. aller Anfechtung. Die eigentlichen Beweismittel des ältesten Rechts sind damit erschöpft; wohl aber mag der eine oder der andere Streittheil, wie er dieß überhaupt auf jeder Stufe des Verfahrens kann, auch im Laufe des Beweisverfahrens alle weiteren Verhandlungen dadurch abschneiden daß er statt des Gerichtes an das „Ur-Recht" (orlög) sich zieht, und selbst nach abgelegtem Zeugnisse oder geleistetem Parteieneide mag dieß noch in der Weise geschehen, daß eine Meineidsbeschuldigung gegen die Zeugen, die Partei oder deren Eidhelfer erhoben, oder, wenn auch das Urtheil bereits gesprochen ist, dieses gescholten wird [3]). — Man sieht, das regelmäßige Beweismittel, welches

---

[1]) Ueber den Sprachgebrauch in den dänischen Quellen, vgl. Kolderup Rosenvinge, Diss. I. S. 32 u. folg.

[2]) Siehe oben S. 214, Anm. 1 am Ende.

[3]) Hiezu eine beiläufige Bemerkung. Nach Glanvilla, VIII. c. 8. (bei Houard Traités sur les coutumes Anglo-Normandes, I, S. 506) soll kein Gericht schuldig seyn seinen Record kämpflich zu vertreten; in L. Aelfr. 22, sowie Grand Coust. de Norm. c. 60 (bei Michel. S. 25, bei Ludewig I, c. 62 §. 5. S. 264) will Sachße, S. 189 — 91 das Gegentheil finden, und müht sich ab diesen vermeintlichen Widerspruch zu erklären. In der That liegt ein solcher gar nicht vor. Die irrthümliche Auslegung der ersteren Stelle wurde oben S. 231 — 2 Anm. 3 be-

das Recht, verstattet ist der Parteieneid; nur ausnahmsweise wird dieser unzulänglich befunden und muß das Gottesurtheil an dessen Stelle treten, — nur ausnahmsweise vermag umgekehrt ein stärkeres Beweismittel, der Zeugenbeweis, denselben auszuschließen. Dabei ist aber die ausnahmsweise Stellung des Zeugenbeweises lediglich durch den thatsächlichen Umstand bedingt, daß derselbe in der Gestalt, in welcher das ältere Recht ihn allein kannte, nämlich als erwähltes oder Erfahrungszeugniß, der Natur der Sache nach nur selten erbracht werden konnte; von einer Beschränkung desselben mit Rücksicht auf die Beschaffenheit der zu erweisenden Thatsachen ist demnach nicht weiter die Rede als etwa insofern als gewisse Vorgänge ihrer Natur nach dem Erfahrungszeugnisse sowohl als dem erwählten sich zu entziehen pflegen, und unbegründet ist insbesondere die Ansicht Sachße's, welcher (S. 17 — 22 und öfter) dessen Zulässigkeit bereits für das älteste Recht davon abhängig machen will, ob die zu beweisende Thatsache ein factum proprium des Beweisführers sey oder nicht [1]). Dagegen ist nicht

---

reits gerügt; die zweite aber besagt lediglich daß wegen einfacher Bürgschaft Niemand zum Duelle getrieben werden könne, daß vielmehr einfache desrene eintrete, falls nicht etwa die Verbürgung durch Urkunde oder Record erwiesen werden könne. Natürlich will aber durch den letzteren Beisatz gesagt seyn daß solche kräftigere Beweismittel den Unschuldseid des Beklagten ausschließen, nicht daß sie diesen zum Zweikampf treiben; dieser letztere soll in keinem Falle statthaben, dagegen primär Urkunde, oder Dingzeugniß, eventuell der Unschuldseid des Beklagten Beweis machen (vgl. auch Grand. Coust. c. 89. S. 36, bei Ludewig, II. c. 24 §. 2, S. 310).

[1]) Die schwedischen, norwegischen, isländischen Rechte lassen z. B. um Schelte mit erwählten Zeugen klagen (Westgöta L. I. Retl. B. 5; II, 6 und 8; Frostuþ. L. X. 35 Jarns. Mannh. B. 24 — 5, Grag. Vigsl. 104); das norwegische wie das isländische Recht läßt über den Urtheilsspruch Zeugen aufrufen, um durch deren Aussage später über denselben Beweis zu machen; in Odalssachen wird über den Besitzstand der Vorfahren auf 5 Generationen hinauf ein Erfahrungszeugniß erbracht; (Gulaþ. L. 266); die L. Alam. läßt nicht nur den Zeugenbeweis ganz allgemein und namentlich auch in Straffachen zu, sondern läßt auch insbesondere die lebendige Geburt eines Kindes durch Ohrenzeugen erbringen (L. Hloth. 42 und 95, Lantfr. 41 und 88; Carol. 42 und 92), u. dergl. m. In allen diesen und in unzähligen anderen Fällen ist denn doch von einer eigenen Handlung des Beweisführers

zu übersehen, daß umgekehrt allerdings für gewisse Fälle der Parteieneid ausgeschlossen, und somit ausnahmsweise lediglich der Zeugenbeweis zugelassen wird, so daß wenn dieser gegebenenfalls nicht erbracht werden kann, nicht etwa wie sonst auf den Eid des einen oder des andern Streittheils zurückgegriffen, sondern ohne weiters die Sache als sofort entschieden behandelt wird. Bei anderer Gelegenheit wurde bereits bemerkt daß für den Abschluß gewisser Rechtsgeschäfte die Oeffentlichkeit als Erforderniß galt, daß ferner bei gewissen halbwegs verdächtigen Handlungen die öffentliche Vornahme oder doch eine sofort nachfolgende Bekanntmachung gefordert wurde, wenn eine üble Deutung derselben fern gehalten werden wollte; in beiden Fällen lag es nahe den Beweis seinerzeit mit Ausschluß jedes Parteieneides lediglich durch die Zeugen erbringen zu lassen, die ja ohnehin hatten beigezogen werden müssen, oder doch einen Eidhelferbeweis nur unter der Voraussetzung zuzulassen, daß ganz besonderer Umstände wegen ein Zeugenbeweis nicht mehr erbracht werden könnte [2]). Wiederum sind manche

---

als dem Gegenstande des Beweises nicht die Rede. S. sucht sich freilich mit seiner Unterscheidung zwischen Zeugen und Urkundspersonen zu helfen, indem er annimmt daß die Aussage dieser letzteren mit dem Dingzeugnisse ziemlich gleiche Kraft gehabt habe, wenn sie auch diesem im Collisionsfalle habe weichen müssen, und daß sie auch über facta aliena zulässig gewesen sey (S. 108 und folg.; 210 — 6), während der eigentliche Zeugenbeweis jenen beiden Beweismitteln nachstehe, und nur dem Parteieneide an Kraft gleichkomme, welchem gegenüber es dann lediglich von der Beschaffenheit des Beweisthema's abhänge ob gegebenenfalls dieser oder jener einzutreten habe (S. 253 — 8). Hiegegen ist aber vor allem einzuwenden daß der ganze Unterschied zwischen Zeugen und Urkundspersonen in dem Sinne in welchem S. ihn faßt, unbegründet ist; daß ferner nicht nur das erwählte Zeugniß auf welches S. seinen Begriff der Urkunde etwa erstrecken könnte, sondern auch das Erfahrungszeugniß über facta aliena zugelassen wird, auf welches doch jener Begriff in keiner Weise Anwendung finden kann. Für das älteste Recht wenigstens ist hiernach Sachße's Ansicht entschieden irrig; wieferne dieselbe für das spätere und insbesondere für das Recht der Normandie begründet sey, wird später zu prüfen seyn.

2) So läßt z. B. das Alemannische Recht den Beweis von Schenkungen an die Kirche primär nur durch die Schenkungsurkunde und deren Zeugen führen, und nur wenn jene abhanden gekommen ist, räumt sie dem Beklagten den Reinigungseid mit Eidhelfern ein (L. Hloth.

Zustände, wie z. B. die Rechtsverhältnisse an ächtem Erbeigen, die Standesverhältnisse u dergl. m. von einer Beschaffenheit daß ihr Daseyn eine erfahrungsweise Notorität nahezu nothwendig bedingt; auch hier mag dann der Parteieneid ausgeschlossen seyn, indem man für den Fall daß ein Erfahrungszeugniß nicht erbracht werden kann, entweder den Beweis ohne weiters als mißlungen betrachtet (so nach norwegischem Rechte in Odalssachen), oder, in Berücksichtigung der immerhin noch gedenkbaren Möglichkeit daß das betreffende Recht begründet und dennoch nicht offenkundig seyn sollte, allenfalls dem Beweisführer noch zum Gottesurtheile zu greifen verstattet (so nach demselben Rechte beim Streite über die Vaterschaft). Endlich kann es auch vorkommen daß der Streittheil welcher an und für sich näher zum Eide wäre, unter den gegebenen Umständen von der streitigen Thatsache absolut keine Kenntniß haben mag, so daß ihm der Eid über deren Wahrheit oder Unwahrheit billigerweise nicht zugemuthet werden kann (so z. B. bei Schuldklagen nach todter Hand); solchenfalls mag dann zwar der Gegner zum Eide zugelassen werden, welcher dann freilich durch eine sehr gesteigerte Zahl von Eidhelfern beträchtlich erschwert zu werden pflegt; es mag aber auch nach anderen Rechten von diesem ein Zeugenbeweis gefordert, und falls dieser nicht erbracht werden kann, der Beweis sofort als mißlungen angesehen werden. U. dgl. m. Immerhin bilden indessen derartige Fälle nur vergleichsweise seltene Ausnahmen, während der Regel nach hinter dem Zeugnisse immer noch als eventuelles Beweismittel der Parteieneid zu stehen pflegt.

Bezüglich der Vertheilung der Beweisführung unter die Parteien gilt sodann, soweit der mit alleiniger Hand geschworene

---

2, §. 2 - 3; Lantfr. 1, §. 1 — 2; Carol. 2. §. 1-2). Nach norwegischem Recht ist der Zeugenbeweis nur während der nächsten 10 - 20 Jahre zulässig; nach deren Ablauf kommt der Beklagte zum Reinigungseide (Gulaþ L. §. 39 Frostuþ. L. X. §. 28 u. XII, §. 7). Dagegen läßt Grag. Festaþ. 22-3, wenn die Zeugen des Ehevertrages verstorben sind, keinen anderen Beweis zu über die güterrechtlichen Verhältnisse der Ehegatten, vielmehr sofort kraft gesetzlicher Vorschrift Gütergemeinschaft eintreten; sichern mögen sie sich gegen das Eintreten dieser Consequenz dadurch daß sie vor dem Absterben der letzten lebenden Zeugen nochmals vor anderen Zeugen ihre Güterverhältnisse constatiren lassen. U. dgl. m.

oder auch durch Eidhelfer verstärkte Parteieneid in Frage steht, die Regel daß jederzeit der angegriffene Theil näher zum Beweise ist als der angreifende; als der angreifende Theil erscheint aber derjenige, welcher eine vom Gegner bestrittene Thatsache behauptet, um aus derselben für sich Rechtsansprüche ableiten zu können, also in der Regel der Kläger, zuweilen, wenn nämlich wirkliche Einreden vorgebracht werden, auch der Beklagte. Der Parteieneid ist somit regelmäßig ein Unschulds- oder Reinigungseid; dulsmal, Läugnungsfälle, mögen darum dem schwedischen Rechte die Fälle heißen in welchen derselbe entscheidet[1]), und unzählige Male kehrt in deutschen wie nordischen Quellen die Formel wieder: dyli hann med 3, 6, 12, mönnum, si negaverit cum 3, 6, 12 juret, u. dergl. m. In bei weitem den meisten Fällen anwendbar, ist übrigens die obige Regel doch nicht unter allen Umständen ausreichend, und überdieß keineswegs eine völlig ausnahmslose. In der ersteren Beziehung muß die weitere Erörterung einem späteren Platze vorbehalten bleiben, da es sich in den betreffenden Fällen nicht bloß um den Parteieneid, sondern ebensowohl auch um den Zeugenbeweis und das Gottesurtheil handelt; nach der letzteren Seite hin sind dagegen hauptsächlich folgende Möglichkeiten in Betracht zu ziehen. Es kann, wie oben schon bemerkt wurde, vorkommen daß die Thatsache um deren Beweis es sich handelt, ihrer Natur nach eigene Wissenschaft des angegriffenen Theils nicht bedingt; solchenfalls, und es gehören hieher alle die Fälle da nicht eine eigene Handlung des letzteren oder solcher Personen die er mit seinem Eide zu vertreten hat, in Frage steht, kann man begreiflich diesem den Eid jedenfalls nicht in der Weise zuerkennen daß dessen Nichtleistung sofort die betreffende Thatsache als erwiesen herstellen würde, ja es kann sogar, zumal wenn eine eigene Handlung des Gegners in Frage steht, geradezu unzulässig erscheinen den Angegriffenen schwören zu lassen, wenn er sich selbst zum Eide erbietet.

---

[1]) Vergl. Nordström, II. S. 646. Es ist streng genommen eine Ungenauigkeit, wenn die Quellen nicht selten schlechthin den Beklagten als näher zum Eide bezeichnen; der Kürze wegen und weil im Großen und Ganzen die Sache sich wirklich so verhält, haben wir uns indessen auch wohl selbst erlaubt von dieser laxeren Bezeichnungsweise Gebrauch zu machen.

Solchenfalls muß dann entweder auf den Zeugenbeweis zurückgegriffen, oder es mag auch wohl dem Gegner ausnahmsweise seinerseits der Eid zuerkannt werden. Anderemale wird unter der Voraussetzung daß der Beweis in der Hauptsache zu Gunsten des angreifenden Theiles erbracht ist, diesem sofort das Recht eingeräumt, etwa noch ausständige Nebenpunkte durch seinen Eid festzustellen; so läßt z. B. das Alamannische Recht beim Diebstahl von Thieren, wenn erst die Schuld des Beklagten hergestellt ist, den Kläger durch seinen Eid den Werth der gestohlenen Objecte innerhalb bestimmter gesetzlicher Gränzen beweisen[1]. Endlich können unter Umständen auch gewisse Rechtsvermuthungen dem angreifenden Theil zum Eide verhelfen, d. h. es kann demselben verstattet werden, vorausgesetzt daß Umstände erwiesen wurden welche die Existenz der fraglichen Thatsache dringend wahrscheinlich, wenn auch nicht absolut gewiß machen, den aus ihnen gezogenen Wahrscheinlichkeitsschluß durch seinen Eid zur gerichtlichen Gewißheit zu erheben. So gestattet z. B. die L. Ripuar. 77. demjenigen der einen Dieb oder Ehebrecher auf der That ertappt und, weil er sich der Gefangennahme widersetzte, erschlagen hatte, den Beweis des die Tödtung rechtfertigenden Umstandes durch den eigenen Eid, unter der Voraussetzung daß er die Leiche des Erschlagenen sofort auf einem Kreuzweg ausgestellt und 14 — 40 Tage daselbst öffentlich bewacht habe, auch hierüber einen Zeugenbeweis zu erbringen vermöge[2]; die Oeffentlichkeit des Verfahrens nach der That ist es, welche die Vermuthung für deren Schuldlosigkeit begründet und damit dem Todtschläger das Recht auf den Eid einräumt. Unter denselben Gesichtspunkt scheint aber auch das Verfahren bei handhafter That gestellt werden zu müssen. Derjenige, an dem der Frieden gebrochen worden seyn soll, hat sofort das Gerücht erhoben; Nachbarn sind darauf herbeigeeilt und haben, wenn auch vielleicht nicht mehr die That selbst, so doch deren nächste Folgen gesehen; der Angeschuldigte wurde sofort ergriffen, noch desselben Tages vor Gericht gebracht, und durch leibliche Beweisung soweit möglich der objective Thatbestand hergestellt. Offen-

---

[1] L. Hloth. 70, 1 — 2; 71, 1 — 2; 74, 1; III. 102 §. 4. Aehnlich in dem Falle, da fremde Thiere Schaden gethan haben, II, 76, §. 2.

[2] Aehnlich L. Jn. 16 und 35 und öfter.

bar war hier die dringendste Vermuthung begründet, daß die Behauptungen des Klägers wirklich wahr seyen, und ebendarum mochte ihm unbedenklich das Recht eingeräumt werden, den Gegner durch seinen Eid zu überführen; nahe lag es dabei, aus den Männern welche auf seinen Hülferuf herbeigeeilt waren und welche, wenn nicht die That selbst, so doch die nächsten Hergänge nach derselben mit angesehen hatten, eine bestimmte Zahl ihm als Eidhelfer beizugeben [1]). — Gehen wir übrigens von derartigen sich selbst rechtfertigenden Ausnahmen absehend auf die Regel selbst zurück, so kann es nicht schwer fallen den Gesichtspunkt aufzufinden, von welchem aus sich diese ergibt und erklärt. Durch die Klage war der Verdacht einer Rechtswidrigkeit auf den Beklagten geworfen worden; objective Gewißheit ließ sich, da Zeugen fehlten, nicht erbringen: es blieb also nichts übrig; als daß man jenen Verdacht durch eine feierliche Versicherung des Gegentheils seitens des Beklagten wegräumen ließ. Es war das Recht jedes unbescholtenen Freien, zu fordern daß man dieser seiner feierlichen Versicherung Glauben schenke; aber freilich konnte er sich umgekehrt auch nicht weigern diese zu ertheilen, wenn er nicht als schuldig gelten wollte, indem das anklagende Wort des Gegners wenigstens insoweit auch seinerseits auf Beachtung Anspruch hatte [2]).

---

[1]) Die 6 Männer die mit dem Kläger schwören, erscheinen hiernach als ein Mittelding zwischen Zeugen und Eidhelfern; sie sind Zeugen, soweit es sich um die Constatirung der Erhebung des Gerüchtes u. s. w. handelt, Eidhelfer oder doch nur zufällig Zeugen, soweit der subjective Thatbestand selbst in Frage ist. Daß zwischen beiden Bestandtheilen ihrer Aussage nicht unterschieden, daß ferner für diese die Form der Eideshülfe gewählt wurde, kann dabei nicht auffallen.

[2]) Mit verdienter Schärfe hebt diesen Gesichtspunkt hervor v. Wächter, Beiträge zur deutschen Geschichte, insbesondere zur Geschichte des deutschen Strafrechts, S. 63; es spricht sich derselbe sehr charakteristisch darin aus daß in der schwedischen Rechtssprache für die dulsmal auch wohl die Bezeichnung als wäs nlamal, d. h. Verdachtsachen vorkommt, Nordström, ang. O. Auf dasselbe Ergebniß führt übrigens, nur in etwas anderer Fassung, auch der von Homeyer, System des Lehnrechts, S. 612, Jolly, S. 12, u. A. verfolgte Gedankengang. Auf die Beschaffenheit des Parteieneides als eines leicht handlichen Beweismittels Gewicht legend, gewinnt man den Satz daß die Beweisführung mittelst desselben als ein Recht, nicht als eine Last erscheinen müsse; vermittelst

Allerdings läßt sich das Recht dabei nur ausnahmsweise an dem alleinigen Eide des Angegriffenen genügen, und fordert vielmehr in bei weitem den meisten Fällen daß dieser durch eine bestimmte Zahl von Eidhelfern gestützt werde[1]); indessen ist durch diese zum Parteieneid noch hinzutretende Verstärkung begreiflich im Principe nicht das mindeste geändert.

Ganz anders steht die Sache bei dem Zeugenbeweise (als witnismal bezeichnen die schwedischen Quellen die hieher gehörigen Fälle). Vermöge seines objectiven Charakters liegt in der Natur dieses Beweismittels, anders als beim Parteieneide, kein Grund vor, dessen Gebrauch regelmäßig auf den einen oder anderen Streittheil zu beschränken; der angreifende sowohl als der angegriffene Theil mögen sich vielmehr an und für sich ganz gleichmäßig desselben bedienen. Dennoch macht sich auch hier thatsächlich ein Unterschied in der Stellung beider Parteien bemerkbar, nur freilich in einer ganz anderen Richtung als beim Parteieneide. In der Regel wird nämlich der angegriffene Theil, selbst abgesehen von den Schwierigkeiten eines solchen über eine Negative, sich nicht veranlaßt sehen von dem Zeugenbeweise Gebrauch zu machen. Er kann durch denselben regelmäßig nicht mehr erreichen, als was er auch schon durch seinen Unschuldseid erreicht, und er wird eben deßhalb lieber zu diesem als zu jenem greifen, da der eigene Eid für den Schwörenden das sicherste Mittel zum Zweck und zugleich, selbst wenn durch Eidhelfer zu verstärken, sehr leicht zu beschaffen ist. Ganz anders steht dagegen die Sache für den angreifenden Theil. Dieser müßte, wenn ein Zeugenbeweis unmöglich wäre, der Regel nach einfach den Unschuldseid seines Gegners sich gefallen lassen, das Vorhandenseyn von Zeugen verschafft ihm dagegen die Möglichkeit, diesem letzteren die Vertheidigung durch den Eid zu

---

der Regel: in dubio pro reo ergibt sich sodann nothwendig das Vorgehen des angegriffenen Theils.

[1]) Nur in ganz geringfügigen Sachen, dann zum Beweise der Inzucht wenig werthvoller Thiere, endlich als umgekehrten Würderungseid d. h. so daß der Betrag angerichteten Schadens oder herauszugebender Güter durch denselben hergestellt wird, lassen z. B. die dänischen Rechte den alleinigen Eid des Beklagten zu, und den des Klägers vollends nur für zwei ganz unbedeutende Fälle, und selbst hier nur eventuell; vergl. Kolderup-Rosenvinge, Diss. I. 126 — 31, und 131 — 42.

„verlegen"; für ihn handelt es sich also nicht um die Wahl zwischen einem bequemeren und einem minder bequemen Beweismittel, welche beide gleichmäßig zu demselben Ziele führen, sondern um die weit schwerer wiegende Frage, ob er mittelst eines freilich nicht ganz bequemen aber allein möglichen Beweismittels lieber selbst seinen Beweis führen, oder ob er seinem Gegner verstatten wolle auf die bequemste Art von der Welt sich von der Klage zu befreien. So erscheint demnach, während der Parteieneid der Regel nach als ein Recht des angegriffenen Theiles sich darstellt, die Beweisführung mittelst Zeugen der Regel nach als ein Recht des Angreifenden und laghmal, d. h. Rechtsfälle, mögen darum die vitnismal und die dulsmal den schwedischen Rechten gemeinsam heißen. Auch hier aber erleidet die aufgestellte Regel alsbald wieder eine Reihe mehr oder minder erheblicher Ausnahmen. Einerseits nämlich ist der Zeugenbeweis in gewissen Fällen nicht bloß ein Recht, sondern zugleich auch eine Last des Angreifers, dann nämlich, wenn beim Mangel eines solchen der Angegriffene sofort und ohne seinerseits zu leistenden Unschuldseid freigesprochen werden müßte; als ein schlagendes Beispiel dieser Art mag die Schuldklage nach todter Hand angeführt werden, soweit nicht einzelne Rechte bei derselben ausnahmsweise einen bloßen Eidhelferbeweis dem Kläger gestatten[1]). Andererseits mag unter Umständen auch der angegriffene Theil sich veranlaßt sehen zum Zeugenbeweise zu greifen, und dieser solchenfalls auch als ein Recht seinerseits sich darstellen. Hat sich z. B. der Kläger zur Führung eines Zeugenbeweises erboten, so mag der Beklagte durch das Anerbieten eines gleich starken Beweises immerhin noch denselben ausschließen; der in der Natur der Sache begründete Vorzug des angegriffenen Theiles läßt diesen unter solcher Voraussetzung wieder „näher zum Beweise" seyn als den Angreifenden[2]). In bei weitem den meisten Fällen

[1]) Man beachte die Differenz, welche sich auch in diesem Punkte zwischen dem Zeugenbeweise und dem Parteieneide ergibt; jener ist regelmäßig nur ein Recht, nur ausnahmsweise zugleich auch eine Last des Klägers, dieser dagegen regelmäßig zugleich Recht und Last des Beklagten, und nur ausnahmsweise jenes allein.

[2]) Doch mag immerhin bezweifelt werden, ob dieser Gesichtspunkt schon in der ältesten Zeit allgemein und folgerichtig festgehalten wurde. Es mag seyn daß die Achtung vor dem Eide ehrenhafter Männer ur-

wird freilich die Abweichung von der obigen Regel nur eine scheinbare seyn, nämlich darauf beruhen daß der Beklagte sich nicht durch einfaches Läugnen vertheidigt, sondern durch eine Gegenrede, welche neben dem Widerspruche gegen die klägerischen Behauptungen zugleich noch die Behauptung neuer, jene mit Nothwendigkeit ausschließender Thatsachen enthält.

Endlich beim Gottesurtheile handelt es sich in bei weitem den meisten Fällen um die Vertheidigung eines Angeschuldigten, welchem nach Lage der Sache an und für sich der Unschuldseid zukäme, während derselbe besonderer Umstände wegen ihm nicht verstattet, oder von ihm nicht erbracht werden kann; da solchenfalls das Urtheil nur als ein Surrogat des Unschuldseides sich darstellt, kann dasselbe begreiflich auch nur demjenigen Streittheile zugeschoben werden, welchem sonst die Leistung dieses letztern zustünde, also dem angegriffenen. Umgekehrt kann aber nach manchen Rechten auch in solchen Fällen in welchen ein Unschuldseid überhaupt nicht gefordert werden kann und somit primär nur ein Klagsbeweis durch Zeugen möglich ist, eventuell noch ein Beweis durch Gottesurtheil zugelassen werden (z. B. in Statusfragen); dieser erscheint aber dann lediglich als ein Surrogat des klägerischen Zeugenbeweises, und muß darum auch von dem angreifenden, nicht von dem angegriffenen Theile erbracht werden.

Das bisherige hat erkennen lassen wie die Vertheilung der Beweisführung unter die Parteien wesentlich durch zwei Momente bedingt ist, nämlich einmal durch die Beschaffenheit der Mittel, durch welche im gegebenen Falle der Beweis erbracht werden will, sodann aber auch durch die Parteirolle, welche der eine oder der andere Theil im Proceß einnimmt. Eigenthümlich ist dabei dem deutschen Verfahren daß dasselbe einen directen Gegenbeweis im Sinne unserer neueren Rechte absolut nicht kennt. Jeder der beiden Streittheile muß gleich von vornherein mit der Aufstellung seiner Behauptungen sich auch zu deren Beweis erbieten, und dabei angeben durch welche Mittel er diesen zu füh-

---

sprünglich so weit reichte daß man auf obige Eventualität keine Rücksicht nahm, und in der That war die Gefahr, die der Beklagte dabei lief, nicht von Bedeutung solange der Zeugenbeweis wirklich nur der Herstellung vollster Offenkundigkeit diente.

ren bereit sey; da auf die Vertheilung der Beweisführung neben der Parteirolle im Processe auch die Beschaffenheit der zu brauchenden Beweismittel einwirkt, muß dieses Anerbieten bei Vermeidung des Ausschlusses erfolgt seyn, ehe über jene definitiv erkannt wird, und muß das Erkenntniß neben der Partei, welche zum Beweise zugelassen werden soll, zugleich auch schon die Beweismittel feststellen, durch welche sie denselben zu liefern hat. Das Schelten des Zeugnisses oder des Parteieneides ist durch diese in der Formalität des ältesten Beweissystems nothwendig begründete Regel an und für sich nicht ausgeschlossen, sofern dasselbe als eine selbständige, gegen den Hauptschwörer, Eidhelfer oder Zeugen gerichtete Meineidsbeschuldigung sich darstellt; indessen findet sich in manchen Rechten sogar für sie und selbst für den Fall daß über die Wahrheit oder Falschheit des Schwures der Kampf entscheiden sollte, die Vorschrift daß dieser immer nur vor der wirklichen Ableistung des Zeugen- oder Parteieneides angetragen werden könne [1]).

Für bei weitem die meisten Fälle genügen nun die bisher gewonnenen Regeln, um die Vertheilung der Beweislast unter Kläger und Beklagtem festzustellen; unter Umständen wollen dieselben dagegen für sich allein nicht ausreichen, und wird demnach eine Ergänzung derselben durch weitere Anhaltspunkte nothwendig, und zwar ist dieß zumal bei **dinglichen Klagen** mehr-

---

[1]) Vortreffliche Erörterungen über diesen Punkt, freilich zunächst auf Grund der späteren Rechte, findet man bei Planck, Beweisurtheil, S. 42 u. folg. Der Satz selbst gehört übrigens schon dem ältesten Rechte an; die Graugans z. B. läßt zwar die von einer und derselben Partei vorgeführten Zeugen vor ihrer Vernehmung über ihre Aussage nach Stimmenmehrheit sich einigen, andvitni aber, d. h. eine Aussage gegen eine bereits vorliegende Aussage, ist ausgeschlossen und für strafbar erklärt, *þ. þ.* 13 u. 18; L. B. B. 17. Anders freilich bereits Gula*þ*. L. 60 und 266; dann Frostu*þ*. L. XIII. §. 24. — 5, welches durch eine größere Zahl von Gegenzeugen die Falschheit eines geführten Zeugenbeweises zu erweisen gestattet; aber freilich handelt es sich dabei um den Nachweis des Meineides, nicht eigentlich um einen directen Gegenbeweis, und es mag jenes Gegenzeugniß erst zugelassen worden seyn, als die Abschaffung des Zweikampfes ein anderweitiges Auskunftsmittel nöthig machte. Doch bedarf dieser Gegenstand immerhin noch einer eingehenderen Untersuchung.

fach der Fall. Anders als bei peinlichen oder Schuldklagen handelt es sich bei diesen zumeist[1]) nicht um eine einfache Thatsache, durch deren Bewahrheitung oder Nichtbewahrheitung zugleich das Recht des Klägers und die Verpflichtung des Beklagten bedingt ist; in der Regel wird vielmehr dieser letztere zugleich das Recht des ersteren an der Sache bestreiten und ein eigenes Recht an derselben behaupten; verschiedene Thatsachen werden bei dieser und jener Hälfte seiner Vertheidigung in Frage kommen, und es kann recht wohl seyn daß der Beklagte selbst dann, wenn ein Recht desselben an der Sache nicht zu erweisen ist, dennoch nicht verurtheilt zu werden vermag, weil ein Recht des Klägers an derselben ebenfalls nicht erbracht werden kann. Man sieht, hier erheben sich gewissermaßen zwei verschiedene Rechtsstreite, wobei der Kläger in dem einen zugleich als Beklagter in dem andern erscheint; beide bedingen sich aber gegenseitig in so fern in ihrem Ausgange, als zwar das Mißlingen der Beweisführung in dem einen noch keineswegs nothwendig deren Gelingen in dem andern zur Folge hat, aber doch umgekehrt der in dem einen erbrachte Beweis jede Möglichkeit eines Erbringens desselben in dem andern ausschließt, und ein völliges Auseinanderhalten beider wird um so weniger thunlich, weil die Unzuläßigkeit jedes directen Gegenbeweises alle anderweitige Möglichkeit einer Benützung der für den einen vorliegenden Beweisbehelfe für die Entscheidung des anderen ausschließen würde. Dazu kommt noch daß der Natur der Sache nach in den meisten Fällen bei dinglichen Klagen ein Reinigungseid nicht anwendbar ist, indem von der Existenz der Thatsachen, auf welche der eine und andere Theil das von ihm behauptete Recht stützen will, dem Gegner eigene Kenntniß zumeist gar nicht innewohnen kann, und daß andererseits gerade die hier einschlagenden Thatsachen regelmäßig durch erwählte oder Erfahrungszeugen leicht zu erweisen sind; wollte man also zunächst nur über das Recht dessen verhandeln lassen, welcher die Sache zu-

[1]) Den Fall, da der Beklagte sich begnügt das Recht des Klägers zu bestreiten ohne ein eigenes Recht seinerseits zu behaupten, haben wir begreiflich hier ebensowenig im Auge, als den anderen, da derselbe das Recht des Klägers umgekehrt ausdrücklich anerkennt, aber von diesem ein behauptetes eigenes Recht ableitet.

erst bei Gericht anhängig gemacht hatte, so würde dadurch der Gegner, also gerade der primär angegriffene Theil schwer benachtheiligt seyn[1]). Unter solchen Umständen kann demnach die Regel daß die Vertheilung der Beweisführung unter Berücksichtigung der Beschaffenheit der zu brauchenden Beweismittel sich darnach richte, wer der angreifende und wer der angegriffene Theil sey, zur Erledigung der Sache nicht genügen, da hier in gewissem Sinne jeder Theil zugleich Angreifer und Angegriffener ist, und der κατ᾽ ἐξοχὴν Angegriffene durch die Verkennung dieser Thatsache regelmäßig gerade am meisten in seinem Interesse gefährdet werden müßte; demgemäß läßt man solchenfalls, und zwar aus demselben obersten Grunde, aus welchem sonst der Vorzug des (formell) angegriffenen Theiles sich ergibt, zunächst den thatsächlichen Besitz darüber entscheiden, wer näher zum Beweise des eigenen Rechts seyn solle, diesen Beweis aber freilich lediglich durch Zeugen, unter Ausschluß jedes Parteieneides erbringen, — erst eventuell, für den Fall nämlich daß dieser Beweis nicht erbracht werden würde, läßt man sodann den Gegner, welcher den Besitz erst gewinnen will, seinerseits zum Beweise des eigenen Rechtes zu[2]). Es kann nun aber auch vorkommen daß keiner der Streit-

---

[1]) Die bloße Verhandlung über das Recht desjenigen, welcher die Sache thatsächlich bei Gericht anhängig gemacht hat, wäre für den Gegner unter der Voraussetzung vortheilhaft daß der Beweis lediglich durch den Parteieneid geführt werden könnte, indem er seinerseits näher zu diesem wäre; nachtheilig aber wird ihm eine derartige Regelung des Rechtsganges dadurch daß ihm der Gegner durch den Zeugenbeweis den Eid verlegen kann und in weitaus den meisten Fällen verlegen wird. Von hier aus hat es umgekehrt für ihn ein Interesse zuerst sein eigenes Recht zur Verhandlung ausgesetzt zu sehen, indem solchenfalls der Gegner zwar näher zum Eide, er selber aber in die Möglichkeit versetzt ist ihm diesen durch Zeugen zu verlegen.

[2]) Manche Rechte fordern solchenfalls auch von diesem einen Zeugenbeweis; andere begnügen sich mit einem, je nach dem Werthe des Streitgegenstandes bald mit alleiniger Hand zu schwörenden, bald durch Eidhelfer verstärkten Parteieneid. Das erstere ist offenbar das consequentere; das letztere rechtfertigt sich indessen praktisch daraus daß das Mißlingen des dem Besitzer obliegenden primären Beweises immerhin dem vom Gegner zu erbringenden ein geringeres Gewicht beizulegen erlaubt. Den letzteren Weg geht z. B. das dänische Recht, welches freilich auch sonst noch manche Eigenthümlichkeiten bezüglich der ding-

theile im thatsächlichen Besitze ist, oder daß umgekehrt Besitzhandlungen für beide gleichmäßig sprechen; solchenfalls läßt man dann eine rein positive Begünstigung des einen Besitztitels vor dem andern entscheiden, und soll z. B. Erbgut dem wohlgewonnenen Gute vorgehen[1]), tauschweiser Erwerb dem kaufweisen[2]), beim Streite über Außenländereien oder über einzelne Aecker, welche vom Haupthofe wegverkauft worden seyn sollen, soll der Besitzer des Hofes näher zum Beweise seyn[3]) u. dergl. m. Noch in späteren Rechten kehren solche Begünstigungen des Erbeigens vor dem Kaufeigen, des Eigens vor dem Lehen wieder[4]); auf ein bestimm-

---

lichen Klagen zeigt; vgl. Kolderup-Rosenvinge, Bemärkninger over de gamle danske Loves Bestemmelser om Vindikationsretten (Kjöbenh. 1819), und dessen Dansk. Retsh. I., S. 198 u. folg.

[1]) Sehr deutlich spricht sich Östgöta L. Eghna S. 19 pr. in dieser Beziehung aus. Bei dem Streite zweier Männer um ein Grundstück, welches der eine als wohlgewonnenes Gut (fang), der andere als Vatergut (faeþrini) anspricht, soll zwar zunächst derjenige vorgehen, welcher auf dem Lande wohnt; aber „wohnt keiner derselben darauf und sie streiten um den Zins, da soll das Vatergut stehen und das wohlgewonnene Gut weichen;" und ebenso soll, wenn beide das Land als Vatergut ansprechen, aber der eine als „altes Vatergut", der andere als „wohlgewonnenes Vatergut," jener vorgehen. Ohne Rücksicht auf den Besitz spricht den Vorzug des Erbeigens aus Westgöta L. I., Jorþ. B. 7, §. 1, u. II, 16; nach Upl. L. Jorþ. B. 18, §. 1 soll dagegen umgekehrt der näher zum Beweise seyn, der wohlgewonnenes Gut behauptet; doch ist wohl letzterenfalls stillschweigend vorausgesetzt daß dieser im Besitze sey und auch in ersterer Stelle der Besitzfrage nur nicht ausdrücklich Erwähnung gethan.

[2]) Upl. L. Jorþ. B. 6, §. 3; Söderm. L. Jorþ. B. 6, §. 2

[3]) Westgöta L. I. Jorþ. B. 7, pr. und §. 2; II., 15 und 17.

[4]) Vgl. z. B. Sächs. Landr. II, 43, §. 1—2, und dazu Albrecht, die Gewere, S. 298—9, sowie Planck, S. 232 und 288—91. Die „gleiche Gewere" beider Theile wird an dieser Stelle ausdrücklich vorausgesetzt, und es ist demnach unzulässig, wenn Sachße S. 213 aus einer scheinbar einschränkenden Stelle des Görlitzer Stadtrechts über den Sinn jener Vorschrift argumentiren will; diese letztere setzt ausdrücklich den thatsächlichen Besitz des Zinsbauern voraus, also ungleiche Gewere beider Theile. Völlig verkehrt ist es vollends, wenn derselbe die ganze Bestimmung auf den Vorzug des Gerichtszeugnisses vor den übrigen Beweismitteln zurückführen will. Nirgends ist davon die Rede daß der Beweis des Eigens u. s. w. durch Dingzeugniß erbracht werden müsse, und der Erwerb von Kaufeigen wäre durch solches sogar weit

tes und einheitliches Princip möchten sich dieselben wohl kaum zurückführen lassen.

Dieß die einfachen Grundsätze des ältesten Rechts. Es versteht sich von selbst, und ist auch bereits mehrfach ausdrücklich hervorgehoben worden daß dieselben von den späteren Umgestaltungen in der Beschaffenheit und Geltung der einzelnen Beweismittel nicht unberührt bleiben konnten, und dabei ist klar daß diese ihre späteren Veränderungen eben so verschiedenartige seyn mußten, als dieß die Richtungen waren, in welchen jene ersteren erfolgten. Unter solchen Umständen erscheint es am zweckmäßigsten, auf die Aufstellung allgemein gültiger Grundsätze für die spätere Zeit zunächst völlig zu verzichten, und darauf sich zu beschränken an dem Beispiele einiger weniger einzelner Rechte die Wege nachzuweisen, welche unter bestimmten Voraussetzungen eingeschlagen wurden. Theils um möglichst verschiedenartige Entwicklungsweisen vorzuführen, theils auch um so weit thunlich an die bereits vorliegende Litteratur anzuknüpfen, wählen wir als Beispiele das dänische Recht, das Recht der Normandie, endlich das Recht des Sachsenspiegels und der an ihn sich anschließenden Quellen.

Am engsten an die Zustände der älteren Zeit schließt sich das dänische Recht an, wie solches in den Provincialgesetzbüchern und Rechtsbüchern aufgezeichnet vorliegt[1]). Einerseits hat sich das Dingzeugniß bei seiner alten Geltung erhalten, andererseits besteht auch der Parteieneid und im Anschluß an denselben die Eideshülfe wesentlich in der älteren Weise fort; dagegen hat nicht nur der sonstige Zeugenbeweis der Regel nach seine frühere Bedeutung eingebüßt und steht fortan dem Parteieneide an Kraft nach, während er ihm vordem vorgegangen war, sondern auch die Gottesurtheile sind seit dem Anfange des 13. Jahrhunderts allerwärts beseitigt und, zum Theil wenigstens, durch die

---

leichter zu erweisen, als der von Erbeigen. Offen ar handelt es sich um eine Rangordnung der Besitztitel, nicht der Beweismittel.

[1]) Vgl. wegen des folgenden Kolderup-Rosenvinge, Retshist. II., S. 127–65; ferner oben S. 238. Auch Stein, Geschichte des dänischen Civilprocesses und das heutige Verfahren (1841), handelt auf S. 1—96 von demselben Gegenstande; das Werk kann indessen füglich ignorirt werden.

Eideshülfe ersetzt. Insoweit erweitert sich nun lediglich der Spielraum der Regel daß der angegriffene Theil näher zum Eide sey, als der angreifende, sofern nur noch durch das Dingzeugniß dieser jenem den Eid zu verlegen vermag; indessen haben sich ausnahmsweise noch einzelne Trümmer des älteren Rechtes erhalten oder auch neue Gestaltungen aus diesem hervorgebildet, welche die Einfachheit jener Regel nicht unwesentlich beeinträchtigen. Einmal ist für eine Reihe einzelner Fälle dem Zeugnisse, auch soweit es nicht Dingzeugniß ist, seine ältere Bedeutung verblieben und kann dasselbe somit ausnahmsweise durch keinen Reinigungseid überboten werden, gleichviel übrigens, ob es sich dabei um das Zeugniß für sich allein, oder um dessen schon mehrfach erwähnte Combination mit Eidhelfern handle; insoweit kann also der Kläger nach wie vor auch durch ein Privatzeugniß dem Beklagten den Eid verlegen. Zweitens bildet sich vom Erfahrungszeugnisse ausgehend das Geschworneninstitut als ein selbständiges aus (die naefn, neben welcher in Jütland noch die sannende menn stehen), welches in so fern zwar als ein beiden Theilen gemeinsames Beweismittel zu betrachten ist, als die Geschworenen eben so gut für als gegen den Beklagten sprechen können, in der Ernennung der Geschworenen durch den Kläger aber, an welcher wenigstens die ostdänischen Rechte noch festhalten, seinen Zusammenhang mit dem Zeugenbeweise und der dessen Gebrauch anfänglich beherrschenden Regel noch erkennen läßt; auch durch die Berufung auf den Spruch der Geschworenen mag der angreifende Theil in den Fällen, in welchen dieser überhaupt statthaft erscheint, dem Gegner die Vertheidigung durch den eigenen Eid abschneiden. Endlich drittens kann der Kläger in gewissen schwereren Sachen seinen Gegner dadurch zum Gebrauch schwererer Beweismittel (zum Gottesurtheile nämlich, oder zur Unterwerfung unter den Spruch der Geschworenen) treiben, daß er zur Unterstützung seiner Klage Zeugen vorführt, ganz wie dieselbe Wirkung in anderen Fällen der leiblichen Beweisung von Spuren des objectiven Thatbestandes, in wieder anderen sogar schon dem bloßen „angeschworenen Eide“ (aasvoren Eed) des Klägers eingeräumt ist; und insoweit tritt also ein völlig neues Moment in das Verfahren ein, das dem Kläger verstattete Recht nämlich, durch Vorführung von Zeugen dem Beklagten nicht nur mit der Wirkung den Eid zu

verlegen daß derselbe nun auch seinerseits zum Zeugenbeweise greifen mußte, wenn er der Klage entgehen wollte, sondern mit der noch schwereren daß er statt mit einem gleichen, mit einem stärkeren Beweismittel antworten mußte, um dieß Ziel zu erreichen[1]). Es wurde bereits früher darauf hingewiesen wie sich an jene erste Veränderung später eine zweite anschloß[2]). Einerseits nämlich verliert die Eideshülfe allmählich an Credit, bis sie endlich im 17. Jahrhundert völlig abkommt, und andererseits steigt das Ansehen des durch Zeugen geführten Beweises; damit im Zusammenhange ändert sich auch die Vertheilung der Beweisführung unter die Parteien, und zwar zunächst in einer dem älteren Rechte sich wieder nähernden Richtung. Zunächst nämlich wird dem Kläger einfach wieder das Recht eingeräumt durch einen seinerseits zu führenden Zeugenbeweis den Reinigungseid des Beklagten auszuschließen, und der ganze Unterschied dem früheren Rechte gegenüber besteht somit darin, daß jetzt einem völlig freien und ungebundenen Zeugenbeweise dieselbe Kraft eingeräumt wird, welche vordem nur dem erwählten und Erfahrungszeugnisse zugestanden worden war; später erst wird auch dem Beklagten die Verpflichtung abgenommen gegen Beschuldigungen, welche durch keinerlei Beweis gestützt sind, durch seinen Eid sich zu vertheidigen, und erst

[1]) Auch im schwedischen Rechte kommen asöris edher vor, mittelst deren Rechtssachen ins Gericht eingeschworen werden (Nordström, II, S. 725); für Island gewährt die altheidnische Formel dieser wie anderer gerichtlicher Eide die Landn. IV, c. 7, die spätere christliche aber die Grag. þ. þ. c. 27 und 30, vgl. c. 12; auch die Angelsachsen fordern einen Voreid (foreadh), und auch dessen Formel ist uns erhalten; selbst bei der Forderung zum Duell läßt das langobardische (Ed. Liutpr. 71), wie so manches andere Recht einen solchen schwören, u. dergl. m. Wenn nun das dänische Recht unter Umständen eine Verstärkung der Klage durch Zeugen statt durch den bloßen Eid des Klägers fordert, wenn die L. Sal. c. 96 die Klage mit Eidhelfern verstärken und ähnlich wie im späteren Vehmprocesse den Beklagten diese mit einer größeren Zahl von Eiden zurückweisen läßt, wenn die angelsächsischen Gesetze einen dreifachen Voreid fordern, um den Gegner zu einer dreifachen Reinigung zu treiben, so geht damit offenbar der bloße Calumnieneid in eine vorläufige Klagsbescheinigung über, und es bahnt sich auf diesem Wege eine allmähliche Aenderung bezüglich der Vertheilung der Beweisführung an.

[2]) Oben S. 240 u. 243.

nach langem Schwanken der Gesetzgebung wie der Praxis erfolgte endlich im Jahre 1635, unter Christian IV., eine Regelung beider in der Art daß die Beweisführung als eine Last des Klägers erklärt und der Beklagte zu einem Reinigungseide nur für den Fall verpflichtet wird, da gegen ihn bestimmte Vermuthungen vorliegen.

In manchen Stücken nämlich, aber weitaus verwickelter, ist der Gang der Entwicklung in der Normandie[1]). Auch hier ist dem Zeugnisse des Gerichts (record) seine frühere Kraft geblieben[2]), und ebenso ist der durch Eidhelfer verstärkte Parteieneid (desrene) nach wie vor in Geltung, während der Zeugenbeweis im übrigen wesentliche Umgestaltungen und Beschränkungen erfahren hat; allein diese Veränderungen gewinnen eine nicht unwesentliche andere Richtung oder Ausdehnung als in Dänemark, und demgemäß nimmt auch die Vertheilung der Beweisführung hier eine erhebliche andere Gestalt an. Während das dänische Recht nur ausnahmsweise eine Unterstützung der Klage durch Zeugen fordert, wo es sich darum handelt den Gegner zum Gebrauche schwererer Beweismittel zu zwingen, stellt bereits die ältere Coutume der Normandie ganz allgemein den Satz auf: nus n'est tenuz à respondre de rienz se cil qui demande n'a tesmoing prest au premier jor, et par son testemoine; cil qui respont s'espurgera par son serement des choses que il nie, selonc la costume del païs, ou il prandra le serement de cel tesmoing par qui testemoine il est contrainz de respondre[3]). Auch hier kehrt demnach jenes Herabsinken des Zeugenbeweises zu einer bloßen Verstärkung der Klage wieder, und es ist sehr begreiflich daß man bei dieser Minderung seiner Bedeutung sich jetzt umgekehrt auch mit einem einzigen Zeugen begnügte; anders als in Dänemark wird aber die Bescheinigung der Klage durch eine Zeugenaussage auch in Fällen gefordert, in

[1]) Vgl. oben S. 239 und 241.

[2]) Vgl. z. B. Grand Coust. c. 55 (Richeb. S. 24).

[3]) Marnier, S. 29. Aehnlich sagt der Grand Coust. c. 7, S. 5: Et si doibt len sçavoir que se celuy qui se plaint n'a tesmoing, il encherra de sa querelle; c. 62, S. 26: Toute chose qui est proposée en court sans tesmoing, est jugée pour vaine; vgl. ferner c. 123, S. 55, u. öfter.

welchen der Gegner doch nur zum Eide getrieben werden soll, und das bloße Wort des Klägers genügt somit nicht mehr um den Gegner auch nur zur eidlichen Reinigung zu zwingen. Neben diesen Bescheinigungszeugen kennt sodann das Recht der Normandie für einzelne Fälle noch einen wirklichen Zeugenbeweis im Sinne des älteren Rechts, welcher jeden Unschuldseid des Gegners ausschließt; wenn einige der aufgezählten Anwendungsfälle allenfalls noch die Zurückführung auf ein wirkliches Gerichtszeugniß gestatten, so ist diese doch anderemale und zumal bei dem Zeugniß über den Ehevertrag, welches von den bei der Hochzeit anwesenden Verwandten und Freunden erbracht wird, ausgeschlossen, und es ist im höchsten Grade bezeichnend daß die Coutume ausdrücklich auch in Fällen dieser letzteren Art derselben Bezeichnung sich bedient, welche sonst für das Dingzeugniß gebraucht zu werden pflegt (record)[1]. Wiederum tritt unter dem Namen enqueste (inquisitio), requenoissant oder recongnoissant (recognitio), auch wohl jurée (jurata), jene eigenthümliche Umgestaltung des Erfahrungszeugnisses auf, und zwar in Civil- wie in Strafsachen, wenn auch hier wie dort durch Gesetz oder Herkommen auf bestimmte einzelne Fälle beschränkt, unter welchen Erbschaftssachen und Grundbesitzstreitigkeiten charakteristisch hervortreten; die Ernennung der jureurs geht dabei jederzeit von der öffentlichen Gewalt aus, während der Gebrauch dieses Beweismittels in gewissen Fällen von der Willkür des Klägers, in anderen von der des Beklagten, zuweilen von einer Uebereinkunft beider abhängt. Der Sache nach aus dem Zeugnisse hervorgegangen, in seinen Formen dagegen vorwiegend der Eideshülfe ähnlich gestaltet, erscheint ferner in der jüngeren Coutume sehr entschieden ausgeprägt noch ein weiteres Beweismittel, welches als loy prouvable (lex probabilis) bezeichnet wird. Sieht man nur auf deren regelmäßige Form, so mag man immerhin mit

---

[1]) Eine Aufzählung hieher gehöriger Fälle siehe im Grand. Coust. c. 101, S. 43; eine andere c. 121, S. 52; indessen ist weder die eine noch die andere erschöpfend, wie denn z. B. der c. 61, S. 26 vorgesehene Record bei der Ladung vornehmer Herren beidemale fehlt. Wegen des record de mariage vgl. außerdem noch c. 121, S. 53; c. 26, S. 14; c. 100, S. 42; auch schon die ältere Coutume, S. 2. gedenkt seiner, wenn auch ohne die technische Benennung zu brauchen.

Biener [1]) sagen: der Eidhelferbeweis erhalte den Namen preuve, wenn es gelte eine positive Behauptung zu befestigen, desrene, wenn dadurch etwas abgeläugnet werde; materiell ist indessen die loy prouvable regelmäßig entschieden als ein Zeugenbeweis aufzufassen, und selbst formell ist Biener's Auffassung nicht durchaus stichhaltig, sofern unter dieses Beweismittel einerseits auch der alleinige Eid des Klägers subsumirt [2]), andererseits aber auch der Eid des Hauptschwörers unter Umständen bei dessen Gebrauch völlig fallen gelassen wird [3]). Endlich weiß zwar die neuere Coutume den Kesselfang sowohl als die Eisenprobe, deren die ältere noch in einzelnen Fällen Erwähnung thut, bereits zufolge des kirchlichen Verbots beseitigt [4]), aber der Kampf wenigstens (loy apparisant, lex apparens) spielt auch in ihr noch eine erhebliche Rolle; nur bei der querelle simple im Gegensatze zur querelle criminal und apparissant ist derselbe ausgeschlossen, also beschränkt auf Strafsachen, die zum Tode oder zum Verlust von Gliedmaßen führen [5]), und auf Civilsachen, bei welchen Grundbesitz oder ein Werth von mehr als 10 sol. in Frage steht [6]). Man sieht, bei dieser überreichen Mannigfaltigkeit von Beweismitteln, zu welchen noch für einzelne Fälle ein wenig ausgebildeter und nicht eigenthümlich gestalteter Urkundenbeweis hinzutritt, kann unmöglich die alte Einfachheit der Regeln bezüglich der Vertheilung der Beweisführung fortbestehen. In gewissem Sinne ist die Regel des älteren Rechts zunächst sogar geradezu umgekehrt. Soweit die Bescheinigungszeugen reichen, ist nämlich der Zeugenbeweis aus einem Rechte zu einer Last des Klägers geworden, und der Unschuldseid des Beklagten hat nunmehr seinerseits die Kraft erlangt jenes Zeugniß

---

[1]) Das englische Geschwornengericht, I, S. 43 (1852).

[2]) Grand Coust. c. 122, S. 54.

[3]) So z. B. beim Beweise des eigenen Alters Grand Coust. c. 122, S. 54; beim Beweise des erfolgten Todes einer bestimmten Person c. 45, S. 21 und c. 99, S. 41 u. dergl. m.

[4]) Grand Coust. c. 77, S. 32; vgl. Marnier, S. 29, 34—6, 51.

[5]) Grand Coust. c. 67, S. 28.

[6]) Ebenda c. 87, S. 35; c. 122, S. 54. Speciell ausgeschlossen ist das Duell bei der simple plevine c. 60, S. 25 und c. 89, S. 36; speciell geboten bei heritage defforcié c. 91, S. 37 und fin de parties d'heritages c. 117, S. 51 und c. 120, S. 52.

zu überbieten; nur insofern, als sein Zeugenbeweis nicht mehr an die alten Schranken des erwählten oder Erfahrungszeugnisses gebunden erscheint, ist diese Aenderung allenfalls auch dem Kläger von Vortheil, welcher im übrigen von derselben schwer belastet wird. Unabhängig von diesem bloß vorläufigen Bescheinigungszeugnisse kann aber sodann der angreifende Theil seinem Gegner noch immer durch das Gerichtszeugniß nicht nur, sondern auch durch die Production andrer Zeugen den Eid verlegen, soweit deren Gebrauch sich ausnahmsweise in älterer Weise, nämlich als Record, erhalten hat[1]). Ist nun aber einerseits die Klage bescheinigt, andererseits ein Record nicht oder doch nicht im vollen Umfange des Beweisthema's zu erbringen, so muß vor allem zwischen schwereren und leichteren Fällen unterschieden werden; in jenen tritt der Kampf oder die enqueste, in diesen preuve oder desrene ein. Enqueste wie bataille sind dabei zwar in gewissem Sinn beiden Streittheilen gemeinsame Beweismittel; doch ist es der Regel nach der angreifende Theil, welcher auf dieselben anträgt, während freilich unter Umständen dem angegriffenen verstattet wird die angetragene enqueste abzulehnen und statt deren den Kampf zu wählen, oder umgekehrt, durch die Erklärung sich der enqueste unterwerfen zu wollen, dem Kampfe zu entgehen; ob im einzelnen Falle enqueste oder bataille eintreten solle, hängt freilich nicht bloß von der Willkür der Streittheile, sondern zum Theil auch davon ab, ob mit Rücksicht auf die Beschaffenheit des Streitobjectes die erstere überhaupt zuläßig sey. Andererseits gilt die loy prouvable als Beweismittel des angreifenden, die desrene als Beweismittel des angegriffenen Theils, es fragt sich aber in welchen Fällen diese, in welchen jene zur Anwendung gebracht werden könne oder müsse; diese Frage führt uns auf die schon mehrfach erwähnte von Sachße aufgestellte Regel zurück, nach welcher die Zuläßigkeit der preuve oder der desrene sich lediglich danach bestimmen soll, ob die zu beweisende Thatsache ein factum proprium des einen oder des anderen Streittheiles sey. Nun wird allerdings der Gebrauch der

---

[1]) Aus diesem Grunde kann z. B. gesagt werden, im Streite über eine Bürgschaft trete desrene ein, wenn nicht durch Record oder Urkunden ein Beweis geführt werden könne; vgl. oben S. 333—4 Anm. 3.

desrene gelegentlich darauf gestützt daß jedermann um seine eigenen Handlungen am besten Bescheid wissen müsse, und es wird auch wohl ausgesprochen daß dieselbe bei Schuldklagen nach todter Hand unstatthaft sey, weil man eine fremde Handlung nicht eidlich abläugnen könne[1]; damit ist aber nicht mehr als der selbstverständliche und auch bereits den älteren Quellen bekannte Satz aufgestellt daß man über eine Thatsache, von deren Existenz die betreffende Partei eigene Wissenschaft nicht habe, deren Reinigungseid weder fordern noch zulassen könne. Allerdings wird ferner ausgesprochen daß preuve immer erbracht werde um eine eigene Handlung zu erweisen, desrene um eine solche zu läugnen; daß ferner niemand als Hauptschwörer (comme principal; der lateinische Text sagt minder gut tanquam actor) zuzulassen sey um eine fremde Handlung zu beweisen oder abzuläugnen, und daß sich hiernach bemesse, in welchen Fällen preuve oder desrene zuläßig sey[2]; indessen zeigt sich bei näherer Betrachtung daß diese Regel keineswegs ihrem vollen Umfang nach zu Recht bestehe. Der Schluß der angeführten Stelle bemerkt ausdrücklich daß zwar niemand zur preuve über sein eigenes Alter zugelassen werde, daß aber diese preuve durch die Pathen, Verwandten oder Nachbarn des Beweisführers dennoch erbracht werden könne, und auch in anderen Fällen wird eine derartige Beweisführung über Thatsachen zugelassen, von welchen der Beweisführer eigene Kenntniß nicht haben kann[3]; die Sache steht demnach einfach so: soweit die preuve in den Formen der Eideshülfe erbracht wird, also den Eid des Beweisführers selbst voraussetzt, soll dieselbe nur über facta propria des letzteren zugelassen werden, wogegen in Fällen, da ein factum alienum zu erweisen ist, zwar dessen Haupteid wegfällt, aber die preuve ohne diesen als statthaft gilt, — mit anderen Worten: nur soweit der eigenthümliche Charakter dieses Zeugenbeweises durch dessen Vermischung mit der Eideshülfe getrübt ist, gilt jene von der letzteren entlehnte Regel auch für ihn; sie greift dagegen nicht Platz, wo immer sich der Zeugenbeweis seine volle Reinheit erhalten hat. Nur so viel muß hier-

---

[1] Grand Coust. c. 123, S. 54; c. 89, S. 36.
[2] Ebenda, c. 122, S. 54: vgl. Leg. Norm. II., c. 62, §. 5, S. 401.
[3] Vgl. oben S. 352, Anm. 3.

nach zugestanden werden daß die loy prouvable der desrene weicht, wo immer es sich um ein factum des Gegners handelt; dagegen ist dieselbe nicht nur über ein factum proprium des angreifenden Theiles möglich, sondern auch über Handlungen Dritter und sonstige Vorgänge beliebiger Art, nur daß solchenfalls der Beweisführer nicht in eigener Person mitzuschwören hat. — Das bisherige wird übrigens hoffentlich zur Genüge dargethan haben, wie wenig es statthaft ist mit Sachße die Grundsätze des ursprünglichen germanischen Beweissystems aus dem complicirten Rechte der normännischen Coutume schöpfen zu wollen. Für diese letztere hat Sachße's Unterscheidung zwischen Zeugen und Urkundspersonen eine gewisse Berechtigung; aber nur darum, weil sich Ueberreste des älteren Zeugenbeweises (record) neben einem durch Vermischung mit der Eideshülfe getrübten (loy prouvable) erhalten haben, und nur soweit dieß der Fall ist: weder die enqueste noch die Zeugen zur Klagsbescheinigung wollen in jenen Gegensatz sich einreihen lassen. Für das normännische Recht hat ferner auch seine Regel über die Begränzung des Zeugenbeweises und des Parteieneides in gewissem Sinne ihre Richtigkeit; aber freilich, wie so eben gezeigt wurde, selbst für dieses nicht in dem Umfange, in welchem der Verfasser sie hinstellt. Endlich mag für die Coutume der Normandie auch die Auffassung des Duelles als eines Beweismittels statthaft seyn; unstatthaft aber ist es die gleiche Anschauungsweise auch schon in die ältere Zeit zurückzutragen.

Weit einfacher gestaltet sich die Sache endlich wiederum im Rechte des Sachsenspiegels und der ihm verwandten Quellen[1]). Auch in diesem hat sich zunächst wieder das Dingzeugniß, einschließlich der leiblichen Beweisung, bei seiner alten Kraft und Geltung behauptet, und nach wie vor gilt darum die Regel, daß der Kläger durch die Berufung auf dasselbe dem Gegner jede andere Beweisführung verlegen könne, daß aber umgekehrt der Beklagte seinerseits näher zum Beweise sey, wenn er diesen durch das nämliche Beweismittel zu erbringen sich gleichfalls erbietet. Erhalten hat sich andererseits auch der Reinigungseid der Partei, und nach wie vor gilt nach dieser Seite hin die Regel, daß der

[1]) Vgl. oben S. 238, 241 und 246.

angegriffene Theil näher zum Beweise sey als der angreifende, eine Regel freilich die jetzt so wenig als früher ohne Ausnahme bleibt; daß man den Unschuldseid nunmehr von der Partei mit ihrer alleinigen Hand schwören, die Eideshülfe also insoweit fallen läßt, hat hier, wo es sich nur um die Vertheilung der Beweisführung handelt, natürlich keine Bedeutung. Zwischen dem Dingzeugniß auf der einen und dem Unschuldseide auf der anderen Seite stehen sodann noch die Gezeugen in Mitte; materiell wahre Zeugen, formell aber mehrfach den Eidhelfern sich nähernd, stehen sie dem Gerichtszeugnisse an Kraft nach, schließen dagegen den Reinigungseid aus, aber freilich ist ihr Gebrauch auf das enge Bereich bestimmter einzelner Fälle beschränkt, über welche hinaus wieder lediglich jene beiden regelmäßigen Beweismittel walten. Es mag sich diese Beschränkung eben aus jener Trübung des Institutes durch den Einfluß der Eideshülfe erklären, während sich aus dem immerhin vorwiegenden Zeugencharakter desselben ergibt, daß die Beweisführung durch Gezeugen zunächst jederzeit als ein Recht des angreifenden und behauptenden, nicht des angegriffenen und läugnenden Theiles betrachtet wird. Nur bei Strafklagen gegen rechtlose Leute, dann in einem vereinzelten, ganz verzweifelten Falle, der sich durch die gewöhnlichen Beweismittel absolut nicht entscheiden lassen will, bringt endlich der Sachsenspiegel das glühende Eisen und den Kesselfang noch zur Anwendung [1]); der Kampf dagegen tritt in etwas weiterem Umfange auf, wiewohl, abgesehen von seiner Anwendung auf die Urtheilsschelte, auch seinerseits beschränkt auf schwerere Strafsachen, und selbst bei diesen nur unter der Voraussetzung zulässig, daß zwar nicht die vollen Erfordernisse der handhaften That, aber doch sehr erhebliche Verdachtsgründe gegen den Gegner vorliegen; übrigens verlegt der Kampf, soweit er statthaft ist, nicht nur den Eid, sondern auch das Zeugniß, und es mag darum je nach Umständen ebensowohl der angegriffene Theil als der angreifende sich veranlaßt sehen, auf denselben anzutragen. Berücksichtigt man nun einerseits, daß eine Reihe von Modificationen, wie solche bereits das ältere Recht

---

[1]) Landr. I, 39; III, 21, §. 2; Lehnr. 40, §. 2—3; vgl. Homeyer, System des Lehnrechts, S. 621—2.

gekannt hatte, den so eben angegebenen Grundsätzen gegenüber sich fortwährend erhielt (z. B. bezüglich des Verfahrens bei handhafter That, bei dinglichen Klagen u. dgl. m.), und beachtet man andererseits dasjenige, was bereits bei anderer Gelegenheit über die im späteren Mittelalter allmählich sich anbahnenden weiteren Umgestaltungen des Beweisverfahrens zu berichten war [1]), so könnte das bisherige im Grunde bereits genügen, um das Beweissystem der hier in Betracht kommenden Quellen zu charakterisiren und demselben die ihm gebührende Stelle in der Gesammtgeschichte des germanischen Beweisrechtes anzuweisen. Da indessen gerade an das Beweissystem des Sachsenspiegels die bisherige Literatur ganz vorzugsweise angeknüpft hat, mag es verstattet seyn an der Hand der Vorgänger noch etwas detaillirter in dasselbe einzugehen, und die bisher aufgestellten Ansichten zugleich in ihren Verschiedenheiten darzulegen und bezüglich ihrer Begründung zu prüfen.

Es erklärt sich aber zunächst Albrecht bestimmt dahin, daß er die Gezeugen des Sachsenspiegels wesentlich als Zeugen, nicht als Eidhelfer betrachte, und zwar aus dem guten Grunde, weil deren Aussage auf eigenes Wissen gestützt sey; daneben erkennt derselbe indessen an, daß nicht nur in einzelnen Rechten des späteren Mittelalters noch wahre Eidhelfer im Anschlusse an einen Reinigungseid vorkommen, sondern daß auch die nach Analogie der Eideshülfe gestellte Formel des von den Gezeugen zu schwörenden Eides diese selbst den Eidhelfern thatsächlich näher bringt [2]). Die Regel hinsichtlich der Vertheilung der Beweisführung stellt derselbe sodann dahin, daß der Beklagte, jedoch vorbehaltlich des Satzes: excipiendo reus fit actor, jederzeit mit seinem alleinigen Eide der Klage entgehen dürfe, aber freilich auch müsse, soferne nicht ausnahmsweise, wie bei der Schuldklage nach todter Hand, diese Pflicht cessire [3]). Nur ausnahmsweise sey in gewissen, übrigens wenig bedeutenden Fällen das Recht durch den alleinigen Eid Beweis zu machen umgekehrt auf den Kläger übertragen [4]), und

---

[1]) Siehe oben, S. 243—4.

[2]) Diss. II, S. 52—62.

[3]) I, S. 5—10.

[4]) I, S. 10—19; vgl. II, 11. Die hieher gehörigen Fälle (Forderungen verdienten Lohnes oder für Zehrung, Zinsklagen, Klagen aus

überdieß sey der Unschuldseid des Beklagten durch die leibliche Beweisung sowohl als das Dingzeugniß jederzeit ausgeschlossen, ohne alle Rücksicht auf die Beschaffenheit der zu beweisenden Thatsache [1]). Eine weitere Ausnahme bilde ferner das Privatzeugniß, dessen Zulässigkeit indessen von den verschiedenen Rechten verschieden begränzt werde. Nach dem Sachsenspiegel und den ihm zunächst stehenden Quellen sey dasselbe in Strafsachen nur zulässig bei handhafter That, oder gegen einen verfesteten Gegner, oder endlich in kampfwürdigen Sachen, hier jedoch nur mit der Wirkung, daß der Gegner zum Kampfe getrieben, nicht daß er durch das Zeugniß überführt werde [2]); in Civilsachen sey dasselbe beschränkt auf Besitzfragen, möge nun der gegenwärtige Besitz des Gegners, oder der eigene frühere Besitz, oder der Act des Besitzerwerbes in Frage seyn, und zwar werde, wenn erst der Besitz selbst durch Zeugen dargethan sey, der Besitztitel durch des Beweisführers alleinigen Eid erwiesen [3]). In späteren Rechten seyen dagegen nicht nur die kampfwürdigen Verbrechen weggefallen, sondern es werde auch die Beweisführung gegen den Verfesteten und bei handhafter That erleichtert, indem man zumal dem Zeugnisse auch dann noch volle Beweiskraft einräume, wenn an den strengen Voraussetzungen der Handhaftigkeit (leibliche Beweisung; sofortiges gefängliches Einbringen des Gegners) etwas fehle [4]); in Civilsachen lasse man ferner, was freilich zum Theil auch schon im Sachsenspiegel vorkomme, außer den Besitzfragen auch noch in einzelnen anderen Fällen den Eid durch das Privatzeugniß ausschließen [5]). Endlich noch spätere Rechte sollen die Zulässigkeit des Privatzeugnisses in bürgerlichen wie in Strafsachen geradezu als die Regel hinstellen, woneben dasselbe dann allenfalls noch bei einzelnen Sachen, z. B. bei Strafsachen die an Leib oder Ehre

---

Pfandschulden, manche dilatorische Einreden) scheinen sämmtlich auf sehr naheliegende Rechtsvermuthungen sich zu stützen.

1) I, S. 19—24.

2) I, S. 25—56.

3) II, S. 2—24.

4) I, S. 57—64.

5) So beim Beweise der Zahlung, des Vergleichs und der Urfehde, der Morgengabe und Heimsteuer, beim Weinkaufe, bei der Schuldklage nach todter Hand, II, S. 25—32; bei Statusfragen, II, S. 41—6.

gehen, beim Erbvertrage, bei Klagen auf Schadensersatz wegen nicht rechtzeitiger Schuldzahlung, ausgeschlossen bleiben möge, oder es werde etwa auch das einfache Privatzeugniß auf Sachen geringeren Werths beschränkt, während für wichtigere ständige Zeugen ernannt werden [1]. Als Schlußstein endlich des ganzen Systems diene die weitere Regel, daß der Beklagte wieder näher zum Beweise sey, wenn er sich dem klägerischen Zeugenbeweise gegenüber zu einem gleich starken erbiete; nur müsse dieses Anerbieten erfolgen, ehe noch dem Gegner der Beweis zuerkannt sey [2]. — Man sieht, auch Albrecht geht von dem Satze aus, daß die Vertheilung der Beweisführung theils nach der Beschaffenheit der Beweismittel, theils darnach sich richte, wo der angegriffene Theil sey; auch er stellt ferner die Regel auf, daß soweit der Parteieneid reiche, mit wenigen und geringfügigen Ausnahmen der angegriffene Theil näher zum Beweise sey, daß andererseits dem angreifenden freistehe durch das Dingzeugniß jenem den Eid zu verlegen, daß endlich der Angegriffene wieder diesen Zeugenbeweis des Gegners ausschließen möge, indem er sich rechtzeitig zur Führung eines gleichstarken erbiete. Insoweit gewinnt demnach Albrecht aus den Quellen des späteren Mittelalters wesentlich dieselben Grundsätze, welche wir oben für das älteste Recht aufgestellt haben; eine Abweichung von denselben ergibt sich nur insoweit die Behandlung der Gezeugen in Frage ist, und gerade in dieser Beziehung mußten auch wir eine Aenderung der älteren Rechtsverfassung als eingetreten anerkennen. Aber auch in Bezug auf die Geltung des Beweises durch Gezeugen hatten wir wesentlich denselben Weg zu gehen, den Albrecht bereits vor uns eingeschlagen hatte; mit ihm betonen wir den vorwiegenden Zeugencharakter der Gezeugen, lassen wir ferner durch deren Vorführung zunächst den Kläger dem Beklagten den Eid verlegen, soweit überhaupt der Gebrauch jenes Beweismittels rechtlich zulässig ist; nur insoweit möchten wir von seiner Auffassung abweichen, als wir bezüglich der Gezeugen bei der handhaften That ein weiteres Herübergreifen der Eideshülfe annehmen, in Civilsachen aber deren Gebrauch nicht auf Besitzfragen eingeschränkt wissen möchten, soferne uns kein Grund vor-

---

[1] I, S. 65—78; II, S. 33—41.

[2] II, S. 46—51.

zuliegen scheint deren Zulassung zum Beweise einer Zahlung, Heimsteuer u. dgl. auf eine spätere Aenderung des Rechts zurückzuführen, statt in derselben einfach einen Ueberrest des alten erwählten Zeugnisses zu erblicken [1]).

Von dem Satze, daß der Beklagte näher zum Beweise sey, soweit der Parteieneid reiche, geht begreiflich auch Jolly aus [2]); er betont ganz richtig, daß derselbe wie ein Recht so auch eine Last des angegriffenen Theiles sey, welche diesem, gleichviel ob es sich um facta propria oder aliena handle, nur dann nicht überbürdet werden dürfe, wenn er nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge von den zu erweisenden Thatsachen keine Kenntniß haben könne, [3]) und auch das ist ihm nicht entgangen, daß in einzelnen Fällen ausnahmsweise umgekehrt der Kläger zum Eide komme. [4]) Nicht minder hebt auch Jolly hervor, daß der Kläger durch leibliche Beweisung oder Dingzeugniß den Beklagten vom Eide ausschließen möge, und daß umgekehrt wieder dieser näher zum Beweise sey, wenn er denselben durch gleich starke Beweismittel zu führen sich erbiete; bezüglich der Geltung des Zweikampfes aber verweist er geradezu auf Albrechts Darstellung [5]). In zwei Punkten dagegen weicht der Verfasser erheblich von Albrecht ab; einmal nämlich ist seine Auffassung der Gezeugen eine andere und durchaus eigenthümliche, sodann aber bestreitet er die Anwendbarkeit der Regel: reus excipiendo fit actor auf den älteren Proceß. In der ersteren Beziehung wird zunächst der Versuch gemacht, in einer Reihe von Fällen, in welchen Albrecht die Gezeugen als Zeugen des angreifenden Theiles betrachtet, dieselben umgekehrt als Reinigungseidhelfer des angegriffenen aufzufassen, — ein Versuch der uns übrigens

---

[1]) Sachße räumt richtig beim Reinigungseide dem Läugnenden, beim Zeugenbeweise dagegen dem Behauptenden den Vorzug ein, und scheint somit an Albrecht sich anschließen zu wollen; durch seine unberechtigte Scheidung von Zeugen und Urkundspersonen und sein stetes Recurriren auf den Satz: facti proprii unusquisque melius praesumitur scire veritatem, verwirrt er indessen wieder die ganze Lehre. Auf seine Darstellung soll darum hier nicht weiter eingegangen werden.

[2]) S. 9—12.

[3]) S. 27—8.

[4]) S. 31—2.

[5]) S. 50—2.

durchaus mißglückt zu seyn scheint [1]); sodann aber bemüht sich der Verfasser nachzuweisen, wie das Privatzeugniß erst allmählich aus der Eideshülfe sich entwickelt habe und im Zusammenhange damit die Beweisführung aus der Hand des Beklagten in die des Klägers übergegangen sey. Wenn bestimmte Umstände gegen den Beklagten zu sprechen schienen, habe man nämlich zunächst den Kläger zum Eide mit Eidhelfern zugelassen, später aber die eigene Wissenschaft von der zu erweisenden Thatsache, welche diesen oft, wenn auch nicht immer und nothwendig innewohnte, zum wesentlichen Erfordernisse ihres Schwures gemacht; ein eigentlicher und reiner Zeugenbeweis sey damit indessen noch nicht gewonnen worden, und aus diesem Grunde sey neben den Gezeugen, anders als beim Dingzeugnisse auch noch der Partei eigener Eid nothwendig [2]). Wir haben natürlich dieser ganzen Erörterung die ein-

---

[1]) S. 24—7. Von den in Bezug genommenen Stellen handeln Sächs. Landr. I, 64, und II, 69 von der Friedensbruchsklage wider den todten Mann, und es sind demnach die betreffenden Bestimmungen einfach auf das Uebersiebnen in Fällen der handhaften That zurückzuführen; II, 36, §. 3. läßt den Beklagten im Vindicationsprocesse den Beweis der Inzucht des streitigen Thieres, der Selbstanfertigung des streitigen Zeuges, mit zwei Nachbarn erbringen, was denn doch deutlich auf ein Nachbarzeugniß zurückführt; ein ebensolches scheint gemeint, wenn nach III, 5, §. 1. mit zwei Gezeugen der Beweis des offenkundigen, unverhohlenen Besitzes erbracht wird, und wenn im gegebenen Falle der Beklagte statt des Klägers den Zeugenbeweis zu führen hat, so erklärt sich dieß leicht aus den nach Lage der Sache gegen jenen obwaltenden Verdachtsgründen; wenn endlich nach III, 32, §. 4. im Processe über einen Unfreien der Besitzer selve sevede siner mage oder warhafter lüde sein Recht an diesem erweist, so ist denn doch wohl auch hier das Erfahrungszeugniß nicht zu verkennen, werde solches nun durch Verwandte oder Nachbarn erbracht.

[2]) S. 29—46. Insbesondere sollen die Gezeugen bei der handhaften That und bei dem Verfahren gegen Verfestete lediglich Eidhelfer seyn, wogegen in Besitzfragen die Möglichkeit einer rein objectiven Erkenntniß bereits einen reinen Zeugenbeweis entstehen lasse, der aber nicht nur in seiner Form seine Entstehung aus der Eideshülfe immer noch erkennen lasse, sondern auch seinem Inhalte nach hinsichtlich eines Theiles des Beweisthema's immer noch Eideshülfe bleibe. Aehnlich wie bei Besitzfragen soll es nach S. 48—50 aber auch bei Statusfragen stehen.

sache Thatsache entgegenzuhalten, daß schon in den ältesten Rechten das Zeugniß und die Eideshülfe als scharf getrennte Institute nebeneinander stehen, und daß die Gezeugen des Sachsenspiegels sich historisch recht wohl an das erstere statt an die letztere anknüpfen lassen: nur soviel also vermögen wir Jolly zuzugestehen, daß allerdings die Gezeugen jener späteren Quelle von Einflüssen der ursprünglich dem Zeugnisse völlig fremden Eideshülfe nicht unberührt geblieben sind, und daß es demgemäß in der That die Aufgabe einer noch neueren Zeit war, das Zeugniß mit Beseitigung dieser seiner Trübung wieder, wenn auch auf wesentlich neuen Grundlagen, zu seiner alten Reinheit zurückzuführen. — Hinsichtlich des Exceptionsbeweises dagegen stellt Jolly Albrecht gegenüber geradezu den Satz auf, daß der Unschuldseid des Beklagten gleichmäßig statthaft gewesen sey, möge dieser nun das Klagsfundament geläugnet, oder positive Exculpationsgründe behauptet haben; erst durch das spätere Zulassen eines klägerischen Zeugenbeweises sey der Uebergang zu der Regel: reus excipiendo fit actor, und die Verpflichtung auch des Beklagten zum Gebrauch anderer Beweismittel nothwendig geworden, im Rechte des Sachsenspiegels aber sey diese Neuerung zwar bereits in ihren Anfängen erkennbar, aber noch keineswegs consequent durchgeführt [1]). Wir können auch in dieser Beziehung des Verfassers Beweisführung nicht für gelungen halten, so gerne wir demselben zugestehen, daß die ältere rohere Zeit die Ausscheidung des einfachen Klagswiderspruches von den vom Beklagten aufgestellten selbständigen Gegenbehauptungen nicht immer mit der gehörigen Feinheit vorzunehmen im Stande gewesen seyn möge; schon die in den Quellen oft genug wiederholte Regel, daß wer eine Thatsache läugnet, näher sey zu entgehen als der Gegner sie auf ihn zu bringen, widerspricht jener Behauptung, und die für dieselbe angeführten positiven Belege scheinen nicht im Stande zu seyn dieselbe zu stützen [2]).

---

[1]) S. 13—23, und S. 46—8.

[2]) Nach sächs. Landr. I, 64 und II, 69 soll im Falle einer Tödtung oder Verwundung, welche der Thäter aus Nothwehr begangen haben will, diesem verstattet seyn den Gegner des an ihm begangenen Friedensbruches selbsiebent zu überführen; offenbar ist aber die Regelung des Beweisrechts hier dadurch bedingt, daß die Klage wegen hand-

Durchgreifender noch sind die Abweichungen von Albrechts Theorie, welche sich bei Planck finden. Auch bei ihm kehrt freilich die Regel wieder, daß soweit der Parteieneid in Frage sey, mit wenig erheblichen Ausnahmen der angegriffene Theil näher

---

hafter That gegen den Verwundeten oder Todten von dem Thäter angestellt wird, welche hier nur beiläufig auch zu dessen eigener Vertheidigung dient; vgl. Wilda, Strafr. der Germ., S. 163. Nach II, 62, §. 2. und 65, §. 2. kommt derjenige, der einen fremden Hund oder Bären getödtet, oder der ein fremdes Kind geschlagen hat, darüber zum Eide, daß jenes aus Nothwehr, oder dieses zur Bestrafung der Unart geschehen sey; beidemale ist aber eine Handlung in Frage, bei welcher eine dringende Wahrscheinlichkeit für das Vorhandenseyn eines Exculpationsgrundes spricht, und andererseits ein Beweis desselben auf gewöhnlichem Wege nicht wohl erbracht werden kann; weitere Schlüsse können demnach aus diesen Bestimmungen nicht gezogen werden. Nach II, 54, §. 6. soll der Hirt nicht nur dann zum Unschuldseide gelangen, wenn er läugnet daß das zurückverlangte Thier ihm übergeben worden sey, sondern auch dann, wenn er dasselbe zurückgebracht zu haben behauptet; da indessen, I, 65, §. 4; II, 6, §. 2, ausdrücklich bestimmt wird, daß der Beweis der Zahlung nur durch Zeugen, nicht durch den alleinigen Eid des Schuldners geliefert werden könne, ist klar, daß jene erstere Stelle nur eine Ausnahme von einer Jolly's Ansicht direct widersprechenden Regel enthalte, und diese erklärt sich aus dem öffentlichen Charakter des Hirtendienstes, welcher hier der Aussage des Hirten über seine dienstlichen Verrichtungen in derselben Weise gesteigerten Glauben verschaffen mag, wie solcher anderwärts sogar dem Unfreien die Zulassung zum Zeugnisse möglich macht. Vgl. oben, S. 193. Endlich nach III, 5, §. 1. soll der Beklagte im Vindicationsprocesse, der das streitige Gut offenkundig von einem Dritten geliehen oder anvertraut erhalten haben will, zugleich aber, vorbehaltlich der Rechte eben dieses Dritten, sich seinerseits der Herausgabe nicht weigert, durch den mit zwei Gezeugen erbrachten Beweis jener Thatsache sich von der Beschuldigung des Diebstahls oder Raubes befreien. Daß hier ein Zeugen-, nicht Eidhelferbeweis vorliegt, wurde bereits oben, S. 361 Anm. 1 bemerkt, aber auch schon hervorgehoben, wie es lediglich besondere Verdachtsgründe sind, welche hier den Beklagten zur Vertheidigung durch Zeugen statt durch seinen alleinigen Eid zwingen; der Zeugenbeweis begründet hier eine Ausnahme von der Regel, nach welcher der bloße Befund gestohlenen oder geraubten Guts bei jemanden zum Thatbestand der handhaften That genügen soll (II, 35), ganz wie er dieß dann thut, wenn der Beklagte auf offenkundigen kaufweisen Besitz sich beruft, II, 36, § 1; hier bleibt nur der Proceß über das Eigenthum vorbehalten, der dort cessirt.

zum Beweise, sey als der angreifende, und daß eine gegentheilige Vertheilung der Beweisführung beim Dingzeugnisse und der leiblichen Beweisung stattfinde[1]); allein die nähere Ausführung jenes ersteren Satzes ist bei ihm eine völlig eigenthümliche. Nicht die Parteirolle im Proceß soll nämlich die Frage wer der Angegriffene sey entscheiden, sondern die Stellung der Parteien zu dem streitigen Gegenstande, wie solche aus deren eigenen Angaben zu entnehmen sey: entweder nämlich behaupte nur der eine Theil ein Recht, welches ihm der andere abgewinnen will, und solchenfalls sey jener der Angegriffene (so in Strafsachen und bei Schuldklagen); oder beide behaupten ein Recht, aber der eine ein stärkeres, und dann müsse dieser als der Angegriffene gelten (z. B. wenn ein Theil Kaufeigen, der andere Erbeigen am streitigen Gute behaupte), oder endlich beide behaupten ein gleich starkes Recht, weßfalls dann der Besitzstand entscheide. Immer sey derjenige näher zum Beweise der behalten, als der gewinnen wolle, wogegen die andere Regel, wonach wer etwas gethan zu haben läugnet näher seyn soll zu entgehen als der Gegner es auf ihn zu bringen, nur secundäre Bedeutung haben und jenem ersteren Grundsatze im Zweifel weichen müsse; durch eine ebenso scharfsinnige als fleißige Detailerörterung sucht der Verfasser sofort diese seine Aufstellung zu begründen[2]). Hieran reiht sich ferner die weitere Annahme daß in den Gezeugen des Sachsenspiegels wesentlich nicht Zeugen, sondern Eidhelfer zu erkennen seyen, und daß bei ihrem Eide sowohl als bei dem der Partei selbst nicht so sehr auf die überzeugende Kraft der dadurch verstärkten Behauptung, als vielmehr auf den Willen der Betreffenden, ein formell ihnen zustehendes Recht zu üben, Gewicht zu legen sey; erst später und nur sehr allmählich mache sich jener andere Gesichtspunkt in weiterem Umfange geltend, vermöge dessen dann in den Gezeugen allerdings ein gemischtes Institut zu erkennen sey. Von hier aus erscheint dem Verfasser der Eid mit Gezeugen durchaus als ein dem mit alleiniger Hand geschworenen gleichartiger, und nur nach ganz secundären Motiven soll sich bestimmen, ob im einzelnen Falle dieser

[1]) S. 229—39; vgl. S. 297—300.
[2]) S. 239—97.

letztere genüge, oder ob selbdritt oder selbsiebent geschworen werden müsse [1]); dagegen tritt ihm das Gerichtszeugniß, welches er sehr treffend auf die Notorietät stützt und welchem er, nur halbwegs richtig, auch den Fall der handhaften That unterstellt, in einen um so schärferen Gegensatz zu dem Beweise durch Gezeugen [2]). Daß und warum wir diese Auffassung der Gezeugen nicht für richtig halten können, ist nun bereits wiederholt ausgesprochen worden [3]); ganz speciell muß aber hier noch hervorgehoben werden, daß die aus ihr mit Nothwendigkeit sich ergebende Behauptung eines gleichartigen Verhaltens des mit und ohne Gezeugen geschworenen Eides gegenüber den die Beweisvertheilung regelnden Grundsätzen eine absolut irrige ist. Im Sachsenspiegel sowohl als in den übrigen hieher gehörigen Quellen wird vielmehr im Gegentheile regelmäßig vorausgesetzt, daß der Beweis mittelst Gezeugen das Recht gebe, den Unschuldseid dem Gegner zu verlegen, und daß derselbe somit gerade von derjenigen Partei geführt werde, welche von diesem letzteren im gegebenen Falle ausgeschlossen sey [4]). Damit fällt aber auch die ganze Stütze der gegen Albrecht gerichteten Erörterung über die Vertheilung des Beweisrechtes zusammen [5]),

---

[1]) Vgl. zumal S. 230.

[2]) S. 206—29.

[3]) Vgl. oben S. 248 u. S. 356.

[4]) Aus der großen Zahl der hieher bezüglichen Belegstellen führen wir nur zwei an. Sächs. Landr. 15, §. 1 heißt es ausdrücklich: Sve dem anderen sin varende gut lit, oder sat, oder to behaldene dut, umme bescheit oder ane bescheit, wil's ime jene dar na besaken, oder sin erve na sime dode, dese is't nar *to behaldene selve dridde,* dan jene *al ene darvor to sverene.* Noch deutlicher wo möglich spricht sich der Richtst. Landr. 40 (ed. Senckenberg; bei Unger, c. 47, ist der Text offenbar corrupt) aus. Auf eine Diebstahlsklage entgegnet der Beklagte, die fragliche Sache sey ihm vom Kläger geliehen. Das läugnet der Kläger und fragt um ein Urtheil, ob er nicht hierüber zum alleinigen Eide zu lassen sey? Das findet man. Jetzt fragt aber der Beklagte, ob er nicht näher zum Beweise sey, nachdem er diesen mit Gezeugen zu führen vermöge? Das findet man. Die Art wie Planck, S. 294—5, diese Stelle zu beseitigen sucht, kann in keiner Weise befriedigen.

[5]) Planck, S. 257—8, legt z. B. Albrecht gegenüber ein entscheidendes Gewicht auf die Ausführung, welche der Richtst. Landr. 13 auf Grund des Sächs. Landr. III. 4, §. 1 gibt. Der Beklagte in einem

und nicht eine Widerlegung, aber doch eine Vervollständigung der Theorie dieses letzteren kann nur in dem erkannt werden, was der Verfasser über die eventuelle Bevorzugung des einen Erwerbstitels vor dem anderen oder auch des Besitzers vor dem Nichtbesitzer in dinglichen Rechtsstreiten ausführt; auch die hier einschlägigen Bestimmungen wurden aber oben bereits für das älteste Recht nachgewiesen [1]). Vortrefflich ist dagegen wieder der Nachweis der allmählichen Reinigung des Zeugenbeweises von der Trübung, die derselbe von der Eideshülfe aus erfahren hatte, des allmählich von ihm erlangten Uebergewichtes über den Reinigungseid, und des damit zusammenhängenden Ueberganges der Beweisführung auf den Kläger [2]); nur möchten wir auch hier wieder in manchen Einzelheiten insoferne vom Verfasser abweichen, als uns in mancher Bestimmung über den Zeugenbeweis, welche Planck auf spätere Aenderungen des Rechts zurückführen zu sollen glaubt, umgekehrt ein ausnahmsweise erhaltener Ueberrest der älteren Geltung des erwählten oder Erfahrungszeugnisses vorzuliegen scheint.

Weiter herab in der Zeit kann an diesem Orte die Geschichte des deutschen Beweisverfahrens nicht verfolgt werden, so viel des Interessanten auch das Verfahren der Vehmgerichte, das Richten auf Leumund und so manche andere Erscheinung des ausgehenden Mittelalters zu bieten vermöchte; dagegen mag es gestattet seyn am Schlusse dieser Skizze des älteren Beweissystemes noch mit ein paar Worten der verschiedenen Ansichten zu gedenken, welche über das demselben zu Grunde liegende Princip aufgestellt und vertheidigt worden sind, zumal sich hieran die Besprechung einer der interessantesten und schwierigsten Fragen der deutschen Proceßgeschichte anknüpfen läßt, der Frage nämlich nach der Entstehung des Geschwornengerichtes.

Vindicationsprocesse erklärt den Streitgegenstand vom Kläger gekauft zu haben; dieser läugnet den Verkauf, und will der Einrede mit seinem alleinigen Eide entgehen. Der Beklagte erbietet sich nun zu einem Beweise mit Gezeugen, und wird sofort zum selbdritt zu schwörenden Eide zugelassen. Man sieht, wie einfach sich die Entscheidung nach den obigen Grundsätzen erklärt; dieß eine von Planck vorzugsweise betonte Beispiel mag aber statt aller andern dienen.

[1]) Siehe S. 345—7.

[2]) S. 300—324.

3. Das Princip des deutschen Beweissystems.

Ausgehend von seinen überschwänglichen Vorstellungen von der altgermanischen Einzelfreiheit, vermöge deren er die Existenz einer „öffentlichen Gewalt, die den Handlungen des Einzelnen einen Zwang anlegen konnte," rundweg läugnet, gelangt aber zunächst Rogge ganz folgerichtig zu dem Satze: „vollkommene Beweislosigkeit ist der Charakter des altgermanischen Processes", und er führt diese seine Grundidee folgendermaßen näher aus: „Gott, der Zeuge aller Handlungen, konnte in jedem Falle um sein Zeugniß befragt werden, und sein Ausspruch war unumstößliche Gewißheit; ihm gleich stand das Zeugniß der Gemeinde. Nächstdem aber durfte auch das Wort eines Freien auf keine Weise bezweifelt werden, wenn nicht der Gegner es durch eine noch gewaltigere Antwort (Eid mit Eideshelfern) überwand. Zeugen waren in gewissen Fällen zulässig, jedoch nicht als bloße Beweismittel, sondern als Richter der Wahrheit in erster Instanz, unter Gott, sowie die Schöffen über das Recht entscheiden. Späterhin kamen hiezu noch die Urkunden, aber ohne in diesem System der Beweislosigkeit etwas zu ändern; sie bildeten nur eine richterliche Instanz vor den Zeugen. Betrachtet man das Gottesurtheil und den Ausspruch der Zeugen als das, was sie wirklich waren, richterliche Urtheile, so gab es im altgermanischen Processe gar keinen Beweis, sondern nur Wort, Antwort und Entscheidung [1])." Während Albrecht über diese von Rogge aufgestellten Fundamentalsätze sich nur ganz kurz und halbwegs ablehnend äußert, ohne doch näher auf dieselben einzugehen oder eine eigene Ansicht an deren Stelle zu setzen [2]), sucht Jolly dieselben zu bekämpfen und zugleich durch tieferes Eingehen auf die Grundlagen der altgermanischen Verfassung richtigere Gesichtspunkte zu gewinnen. Zunächst macht derselbe geltend, wie freilich schon vor ihm Cropp gethan hatte [3]),

---

[1]) S. 93—5.

[2]) Dissert. I. S. 1—2.

[3]) In einer überhaupt sehr interessanten Recension der Schrift Rogge's in den Heidelberger Jahrbüchern der Literatur, Jahrg. 1825, S. 669—70.

daß Rogge's Behauptung eigentlich nur in der Formalität des deutschen Beweissystems ihren Stützpunkt finde, daß aber auch dem formellsten Beweissystem doch jedenfalls die Meinung und Absicht zu Grunde liege, daß mittelst der vorgeschriebenen Formen die Wahrheit erreicht werden könne und solle, und daß bei einem auf Gewohnheit, nicht auf willkürlicher Gesetzgebung beruhenden Rechtszustande ein grober Verstoß in dieser Beziehung schwer denkbar sey; er betont ferner die überzeugende Kraft, welche dem Eide einer unbescholtenen Person, selbst wenn Partei, immerhin innewohne, und welche durch das Hinzutreten einer Anzahl von Eidhelfereiden in der That gesteigert werde; endlich hebt er noch hervor, wie der Zeugenbeweis und die leibliche Beweisung mindestens ganz unverkennbar auf die Ueberzeugung des Gerichts zu wirken berufen sind [1]. Neben diesen mehr positiven Gründen will sodann noch auf die Verschiedenheit der Stellung Gewicht gelegt werden, welche die Parteien nach altdeutschem und nach römischem oder modernem Rechte dem Gerichte gegenüber einnehmen; hier sollen dieselben, ihre sämmtlichen Rechte auf den Staat zurückführend, zu dessen Gerichten kommen um ihr Recht zu suchen; dort dagegen, das eigene Recht lediglich auf die eigene Persönlichkeit stützend, nicht das Zusprechen eines Rechtes, sondern nur die Entscheidung einer Differenz von dem Gerichte fordern [2]. Mehr dem Standpunkte Rogge's nähert sich dagegen wieder Planck. Er räumt zwar ein, daß dem Parteieneide, daß dem Schwure der Gezeugen eine gewisse überzeugende Kraft zukomme, er läugnet aber, daß hierin der Schwerpunkt für deren richtige Würdigung liege; wesentlich sey vielmehr der Parteien- und Eidhelfereid als ein Recht des Schwörenden zu betrachten, und nicht die Wissenschaft und Wahrhaftigkeit der betreffenden Personen entscheide bei dessen Gebrauch, sondern lediglich deren Wille ihre Aussage wahr zu machen; auf das Gerichtszeugniß freilich finde diese Auffassung keine Anwendung, aber dieses sey auch kein eigentliches Beweis-

---

[1]) S. 9—12, und 23—4.

[2]) S. 4—9. Von hier aus soll sich insbesondere die Gleichheit der Streittheile im Beweisverfahren und die Fernhaltung der Regel: actore non probante reus absolvitur erklären.

mittel, sondern volle Notorietät [1]). Auch hier kehrt sodann eine ähnliche Argumentation wie bei Jolly wieder; während dem römischen Processe die Idee einer Provocation des staatlichen Schutzes zu Grunde liege, gehe nämlich der deutsche von der Idee der Rechtfertigung der Eigenmacht vor dem Urtheile unparteiischer Genossen aus, und darum sey für diesen der Besitzstand und der Gegensatz der Parteirollen von geringerer Bedeutung als für jenen [2]). Aber freilich wird daneben doch auch wieder anerkannt, daß der Grundgedanke des deutschen und des römischen Beweissystemes gleichmäßig der sey, daß dem Angegriffenen im Verfahren der Vorzug zukomme, und daß nur der Umstand eine Divergenz in die Gestaltung bringe, daß sich das deutsche Recht mit, nur verstärkten, Behauptungen und Gegenbehauptungen der Parteien begnüge, während das römische anderweitige Mittel kenne jene zu widerlegen und das Gericht zu überzeugen [3]). Bei Sachße endlich finden wir, neben einer ziemlich umfangreichen Polemik gegen die beiden zuletzt genannten Verfasser, gleichfalls wieder den Versuch gemacht, dem deutschen Rechte ein wirkliches und wahrhaftes Beweissystem zu vindiciren, und dieses soll sich geradezu auf den für ein solches recht charakteristischen Grundsatz stützen: „der Richter habe, um eine Ueberzeugung von den Thatsachen, worauf das klagbare Recht sich stützt, zu erlangen, vor allem an die Aussagen dessen sich zu halten, über dessen Kenntniß der Wahrheit am wenigsten Zweifel denkbar sind, wenn nur von dessen Seite zugleich eine hinlängliche Bürgschaft für den aufrichtigen Willen, die Wahrheit auch wirklich zu bekennen, oder für die Wahrhaftigkeit der Aussage selbst gegeben werde [4])." — Uns scheint nun zunächst, und hierin sind wir mit Cropp und Jolly völlig einverstanden, das Wahre in Rogge's Behauptungen sich auf den Satz zu beschränken, daß das altdeutsche Beweissystem dem Gerichte gegenüber ein lediglich formelles war. Dem Gerichte war in der That jede Möglichkeit entzogen seiner subjectiven Ueberzeugung über

---

[1]) S. 206—10, und 224—9; vgl. S. 297—300.

[2]) S. 231—2.

[3]) S. 233—4.

[4]) S. 1—14.

den Grad der Glaubhaftigkeit der beiderseitigen Behauptungen, über den Werth oder Unwerth der im einzelnen Falle erhobenen Beweise irgend welchen Einfluß auf die Entscheidung der Thatfrage zu gestatten; ein für allemal stand vielmehr durch Rechtsvorschrift fest, daß dem in den gesetzlichen Formen geführten Beweise unbedingter Glaube geschenkt werden müsse. Nicht minder halten wir, auch hierin mit Jolly sowie mit Sachße einverstanden, aber auch für sicher, daß bei der Aufstellung jener formellen Beweisregeln zunächst nur das Bestreben wirksam geworden sey, durch die damit gesetzte Regelung des Beweisverfahrens die objective Wahrheit zu erreichen, sowie der Glaube, daß diese auf solchem Wege wirklich erreicht werden könne; die Möglichkeit, daß in einzelnen Fällen die subjective Ueberzeugung des Gerichts mit dem Ergebnisse dieser formellen Beweisführung nicht übereinstimmen könne, ist allerdings bei diesem wie bei jedem anderen formellen Beweissysteme immerhin vorhanden; dieselbe wurde inzwischen entweder unbeachtet gelassen, oder man zog auch wohl ganz bewußt vor, diesem Uebelstande sich zu unterwerfen, als der Gefahr, mit welcher die anderenfalls dem Gerichte einzuräumende Willkür die Freiheit des Einzelnen bedrohte. Endlich scheint uns auch keineswegs unbegreiflich wie man dazu kam gerade denjenigen Beweismitteln solches Vertrauen zu schenken, auf welche der ältere Proceß sich stützt. Bezüglich des Zeugenbeweises bedarf dieses Vertrauen von vornherein keiner Rechtfertigung, vielmehr dürfte gerade umgekehrt eher der Umstand einer solchen bedürfen, daß man denselben nicht in viel weiterem Umfange zuließ als dieß in der That der Fall war; den Grund hiefür möchten wir aber in der Scheu finden, der Aussage eines, wenn auch unbetheiligten, Dritten ein höheres Ansehen einzuräumen als dem Worte der, wenn auch höchst betheiligten, Partei, — in der hohen Achtung also vor der Ehrenhaftigkeit und Wahrhaftigkeit des freien und unbescholtenen Mannes. Der Credit ferner der Gottesurtheile hängt so genau mit dem gesammten Glaubenszustande unserer Vorfahren zusammen, daß auch er bei gehöriger Würdigung dieses letzteren nicht auffallen kann, so ferne auch das ihnen geschenkte Vertrauen unseren modernen religiösen Anschauungen liegen mag. Endlich hat auch die überzeugende Kraft, welche dem Parteieneide, welche dem diesen stützenden Glaubenseide der Eidhelfer beigelegt wurde, für uns

nichts Unbegreifliches, und dem was Jolly bereits nach dieser Seite hin treffend ausgeführt hat, haben wir nur noch eine speciell gegen Planck gerichtete Bemerkung beizufügen. Daß auch hinsichtlich dieses Schwures lediglich auf die überzeugende Kraft desselben, nicht auf die bloße darin enthaltene Behauptung und Willensäußerung des Schwörenden das bestimmende Gewicht gelegt wurde, scheint uns nämlich schon daraus hervorzugehen, daß man überhaupt die Behauptung der Partei durch ihren Eid verstärken ließ; daß man ferner in wichtigeren Fällen sich nicht einmal mit deren alleinigem Eide begnügte, sondern noch eine weitere Verstärkung durch eine bestimmte Anzahl von Eidhelfereiden forderte. Offenbar handelt es sich beiderseits nicht um die evidentere Herstellung des Willens der Schwörenden, sondern um die Gewinnung einer höheren Garantie für die Wahrhaftigkeit ihrer Aussagen; man nimmt an, daß das eigene Interesse die Partei zwar vielleicht zu einer unwahren Angabe, aber doch nicht zu einer Bestätigung derselben durch einen Meineid werde hinreißen können; man glaubt, daß wenn ein sehr gesteigertes Interesse selbst diese weiter reichende Wirkung haben könne, dasselbe doch nicht die gleiche verführerische Kraft auf eine Anzahl am Streite nicht direct betheiligter Personen äußern werde. Allerdings ist trotzdem die Zulassung zum Eide in eigener oder fremder Sache immerhin ein Recht des unbescholtenen Freien zu nennen; aber es handelt sich dabei nicht um das Recht nach Belieben wahr oder falsch zu schwören, sondern nur um den Anspruch, dem eigenen Eide vollen Glauben geschenkt, und denselben in keiner Weise bemängelt oder bemäkelt zu sehen, somit genau um denselben Gesichtspunkt, von welchem aus auch die Fähigkeit zum Zeugnisse als ein Recht jedes unbescholtenen Mannes betrachtet werden kann und in der That betrachtet wird. Nur insoweit als dieses Recht der Partei, die eigene Ehrenhaftigkeit und in Folge dessen den eigenen Eid respectirt zu sehen, in Frage ist, möchten wir übrigens die besondere Rücksichtnahme auf das Recht der einzelnen Individualität im älteren Beweisverfahren geltend gemacht wissen; die Regeln über die Vertheilung der Beweisführung unter die Parteien dürften dagegen — und insoweit erklären wir uns mit Sachße's Polemik gegen die einschlägigen Ausführungen Planck's und Jolly's einverstanden, — aus der Natur der im deutschen Processe üblichen Beweismittel

sich genügend erklären, ohne jener weithergeholten und vielfach sehr anfechtbaren Construction zu bedürfen.

Aber selbst die Behauptung einer durchgängigen Formalität unseres alten Beweissystemes dürfte noch einer näheren Begränzung bedürfen, und zwar in einer Richtung, welche bisher noch nicht, oder doch noch nicht mit genügender Schärfe ins Auge gefaßt worden zu seyn scheint. Wir haben uns bereits oben erlaubt, den Satz, daß das ältere Beweissystem ein lediglich formelles gewesen sey, durch den Beisatz „dem Gerichte gegenüber" zu beschränken; diese Beschränkung soll aber jetzt ihre nähere Erklärung und zugleich ihre Begründung finden. Vermittelst einer bloßen Operation juristischer Logik, der Subsumption nämlich des gegebenen Falles unter die ein für allemal unbeugsam feststehenden Regeln des geltenden Beweisrechtes gelangt das Gericht wie zu seiner Beweisauflage so auch nach durchgeführtem Beweisverfahren zu seinem Enderkenntnisse, und keinerlei Spielraum ist hier oder dort seinem subjectiven Ermessen verstattet. Keineswegs ist aber der subjectiven Würdigung der besonderen Umstände des einzelnen Falles damit ihr Einfluß auf die Entscheidung der Thatfrage sofort völlig entzogen; es ist vielmehr jene Function nur einem anderen Organe als dem Gerichte übertragen, und sie rückt eben damit gewissermaßen nur an eine andere Stelle im Verfahren. Betrachten wir nämlich die einzelnen dem älteren Processe geläufigen Beweismittel, so finden wir, daß zwar nicht alle, aber doch einzelne unter ihnen selbst schon eine Prüfung der Thatfrage und eine Entscheidung über dieselbe voraussetzen, und daß bei deren Fällung die betheiligten Personen unbeengt durch irgend welche formellen Beweisregeln nach ihrer freien persönlichen Ueberzeugung verfahren. Der Parteieneid freilich, das Gottesurtheil, das erwählte Zeugniß setzen eine solche Prüfung und Entscheidung seitens dessen, der schwört, zeugt, oder das Eisen trägt, nicht oder doch nur sehr ausnahmsweise voraus; dagegen wurde bereits bei anderer Gelegenheit darauf hingewiesen, wie das Erfahrungszeugniß sowohl als die Eideshülfe in der That einer solchen nicht entbehren kann [1]. Nicht über eine bei einem bestimmten Anlasse

---

[1]) Oben, S. 192—3, und 194—5; ferner S. 203—6.

und in bestimmt nachweisbarer Weise von ihm erkundete Thatsache sagt der Erfahrungszeuge aus, sondern über Umstände, von welchen er successiv, auf sehr verschiedenen Wegen und vielleicht nur durch Vermittlung anderer Personen Kenntniß erlangt hat; es mag vorkommen, daß er Vorgänge zu bezeugen berufen wird, welche längst vor seiner Geburt sich begeben haben, und von deren Eintritt er eben darum unmittelbare eigene Kunde gar nicht haben kann. Anders als beim erwählten Zeugnisse wird demnach hier gutentheils nicht nur an das Erinnerungsvermögen des Zeugen appellirt, sondern auch an dessen Urtheilskraft, soferne derselbe ja aus einer Reihe einzelner aus unmittelbarer eigener Wissenschaft ihm bekannter Thatsachen auf die Existenz oder Nichtexistenz des Umstandes zu schließen berufen ist, welcher den eigentlichen Gegenstand seiner Aussage bildet. In ähnlicher Weise schwört ferner der Eidhelfer über eine Thatsache, von welcher er in bei weitem den meisten Fällen unmittelbare eigene Wissenschaft gar nicht haben kann; auch sein Schwur setzt demnach einen Schluß voraus, welchen er aus dem zieht, was er über den Charakter des Hauptschwörers, über die objective Wahrheit der von diesem beschwornen Thatsache, endlich auch über dessen Benehmen bei Gericht weiß oder doch zu wissen glaubt. Der Eidhelfer aber wie der Erfahrungszeuge ist über die Art, wie er zu der von ihm beschworenen Ueberzeugung kommt, weder dem Gericht noch sonst jemanden Rechenschaft schuldig. Man sieht, wenn zwar der subjectiven Ueberzeugung des Gerichts aller Einfluß auf die Entscheidung der Thatfrage versagt ist, so bleibt doch eine so freie Würdigung der concreten Umstände des einzelnen Falles, als sie nur das unformellste Beweissystem möglich zu machen wüßte, dem altdeutschen Beweisverfahren dadurch gesichert, daß man eine eidliche Aussage von Leuten als Beweismittel benützt, welche doch nicht auf deren unmittelbarer eigener Wissenschaft um die zu beschwörende Thatsache beruht, und daß man diese Leute bezüglich der Art, wie sie zu der ihren Schwur bedingenden Ueberzeugung gelangen, in keinerlei Weise beschränkt oder controlirt. Mit anderen Worten: der Grundgedanke unseres heutigen Geschworneninstitutes, die Trennung nämlich der Entscheidung über die Thatfrage von der Entscheidung über die Rechtsfrage, und die Ueberweisung der ersteren an Leute außerhalb des Gerichts ist bereits im ältesten germanischen Rechte

vorhanden, wenn auch noch ziemlich unentwickelt und keineswegs zum nöthigen Bewußtseyn gebracht, und das Beweissystem des ältesten germanischen Rechts ist somit, wenigstens so weit die Eideshülfe und das Erfahrungszeugniß in Frage stehen, ein nicht mehr und nicht minder formelles als das unseres modernsten, auf das Geschworenenwesen gestützten Verfahrens in Verbrechenssachen!

Diese letztere Bemerkung führt von selbst auf eine Frage, welche zu den bestrittensten im gesammten Gebiete der germanischen Rechtsgeschichte gehört, auf die Frage nach der Entstehung des Geschworneninstituts. Es kann nicht unsere Absicht seyn über die reichhaltige Literatur, die betreffs dieses Punktes erwachsen ist, oder vollends über das noch weit umfassendere Material zu dessen Bearbeitung, welches noch unbenützt in den Quellen ruht, hier auf wenigen Seiten einen auch nur annähernd vollständigen Bericht erstatten zu wollen; doch mag es verstattet seyn wenigstens einige flüchtige Andeutungen über den derzeitigen Stand der Frage zu geben, und zumal eine schärfere Präcisirung der einzelnen Momente zu versuchen, auf welche es bei deren Entscheidung ankommen dürfte. Es versteht sich übrigens von selbst daß dabei unser Augenmerk lediglich der urtheilenden, nicht zugleich auch der Rügejury zugewandt werden kann; nur jene erstere, nicht diese letztere steht mit dem Beweisverfahren in engerer Beziehung.

Es spaltet sich aber die Frage nach der Entstehung des Geschworneninstituts in zwei Unterfragen, deren eine einen mehr zufälligen, deren zweite einen vorwiegend principiellen Charakter zeigt. Einmal nämlich wird festgestellt werden müssen, bei welchen germanischen Stämmen Geschworne sich überhaupt finden, und bei welchen unter ihnen deren Vorkommen ein wurzelhaftes, bei welchen dagegen ein aus der Fremde entlehntes ist; sodann aber wird noch die weitere Frage zu beantworten seyn, ob hinsichtlich derjenigen Stammrechte, welche das Institut als ein von Anfang an nationales und nicht erborgtes kennen, dasselbe als ein ursprüngliches und von jeher vorhandenes, oder aber als ein erst im Laufe der Zeit ausgebildetes zu betrachten sey, und an welches ältere Institut sich letzterenfalls dessen Ausbildung anschließe. Beide Fragen sollen, obwohl dieselben sich allerdings bei einzelnen Punkten der Untersuchung kreuzen, soweit möglich gesondert

behandelt werden; beidemale aber wird sich unsere Aufmerksamkeit auf solche Erscheinungen zu beschränken haben, welche in dem wesentlichsten Stücke mit dem Geschwornenwesen übereinstimmen, nämlich in der Sonderung der Entscheidung der Thatfrage von der Entscheidung der Rechtsfrage und in der Ueberantwortung der ersteren an nicht zum Gerichte gehörige Personen, welche von den betreffenden Thatsachen doch nicht, oder doch nicht nothwendig unmittelbare eigene Wissenschaft haben; und auf solche Darstellungen, welche das deutsche Schöffenwesen oder die nordischen Urtheilsfinder unbedenklich in die Erörterung unserer Frage hereinziehen, wird hiernach von vornherein keine Rücksicht genommen werden können [1]).

Geschworne finden wir aber vor allem in der Republik Island vor, und zwar soweit wir deren Rechtsgeschichte überhaupt in der Zeit hinauf verfolgen können [2]); sie werden daselbst als qvidhar, ihr Ausspruch als qvidhr, qvidhburdr bezeichnet, welcher Ausdruck, von dem Zeitworte at qvedhja abgeleitet, auf die Form ihrer Berufung hinweist. Man unterscheidet dabei zwischen dem tolftarqvidhr oder godhaqvidhr und dem buaqvidhr, d. h. zwischen Geschworenen, welche, 12 an der Zahl, auf Antrag des Beweisführers mit dem Goden oder Gerichtsherren, der sie aus seinen Gerichtsangehörigen ernennt, selbzwölft schwören, und anderen,

---

[1]) Jene Vermengung macht sich z. B. im höchsten Grade fühlbar in der, sonst nicht unverdienstlichen, Schrift des gelehrten Isländers Thorl. Gudm. Repp: A historical treatise on tryal by Jury, wager of law, and other coordinate forensic institutions, formerly in use in Scandinavia and in Iceland, Edinb. 1832 (deutsch von Buß, Freiburg 1835; nicht minder aber auch in Dahlmanns „Wegweiser durch die Geschichte der englischen Jury" (Zeitschr. f. deutsches Recht, Band X., S. 185 — 204; 1846), welcher hiernach keine Veranlassung hatte, über Repps „leichtfertige Arbeit" sich abschätzig zu äußern. Vgl. zumal Wilda, Ueber den Ursprung der Geschwornengerichte, in den Verhandlungen der Germanisten zu Lübeck (1848, S. 250 u f.).

[2]) Schon die 60 Jahre nach dem Beginne der Einwanderung abgefaßten Gesetze Ulfljots kennen den Geschworneneid (Landn. IV., c. 7), und die zahlreichen Berichte über Vorkommnisse aus der zweiten Hälfte des 10. Jahrhunderts wissen oft genug von dem Gebrauche des Institutes zu erzählen (vgl. z. B. Vigaglums S. c. 17—8; Eyrbyggja S. c. 16 und 22; die Njals S an sehr vielen Stellen, u. dgl. m.).

welche, je nach Verschiedenheit der Fälle bald 5, bald 9 an Zahl, von der Partei, die ihrer bedarf, jedoch mit Rücksicht auf ihre Eigenschaft als Nachbarn (buar) gewählt werden, möge nun diese Nachbarschaft mit Rücksicht auf den Wohnort des einen oder anderen Streittheils, auf den Ort der belegenen Sache oder der begangenen That, oder endlich nach irgend welchem anderen Gesichtspunkte bemessen werden [1]). Während also in gewissen Fällen die Gerichtsgemeinde unter Leitung des Gerichtsherrn die Geschwornen liefert, gehen diese in anderen aus der Ortsnachbarschaft hervor ohne irgend welche Betheiligung der Staatsgewalt; beidemale aber werden die qvidhar sorgfältig von dem Gerichte (domr), das erst auf Grund ihrer Aussage urtheilt, unterschieden, und ihre Function wird nicht als Urtheilen (döma), sondern als Erbringen eines Spruches (bera qvidh) bezeichnet, wie man sonst vom Erbringen eines Zeugnisses (bera vitni) spricht, — den Beweismitteln (gögn) werden sie beigezählt, und von den Nachbargeschwornen wenigstens wird ausdrücklich gesagt, sie hätten nicht darüber zu sprechen was Rechtens sey im Lande (hvat lög ero a landi her) [2]). Sie entscheiden übrigens nach Stimmenmehrheit, und mögen ebensowohl gegen als für den Beklagten sprechen, und in bürgerlichen wie in Strafsachen; auf welche Gründe sie ihren Wahrspruch zu stützen pflegten, wird uns zwar nirgends ausdrücklich gesagt; doch zeigt ein merkwürdiges, bereits dem letzten Viertel des 10. Jahrhunderts angehöriges Beispiel daß die Geschworenen unter Umständen auf einen vor ihnen geführten Beweis hin entschieden [3]). Das schwedische Recht ferner kennt die Geschworenen unter dem Namen der nämd, und auch hier ist demnach deren Bezeichnung lediglich von dem äußerlichen Umstande der Ernennung

---

[1]) Für seltene Ausnahmsfalle kommt ganz vereinzelt noch ein fangaqvidr vor, d. h. eine beliebig zusammengesetzte Jury; er steht aber freilich der Eideshülfe näher, wie denn auch der für diese technische Ausdruck sannadar menn hier Anwendung findet. Vgl. Vigsl. c. 100 — 1.

[2]) þingsk. þ. c. 62.

[3]) Eyrbyggja S. c 16. Bei einer Anklage wegen eines durch Zauberei verübten Mordes wird hiernach erst ein Reinigungseid selbzwölft vom Vertreter der Angeklagten geschworen, und darauf hin erst von den zwölf Geschworenen der Wahrspruch „nichtschuldig" erbracht.

hergenommen. Auch in Schweden gehen die Geschwornen bald aus engeren, bald aus weiteren Gemeindeverbänden hervor, und neben der hundäris- oder hörapsnämd steht eine folklandsnämd und eine fjärpungsnämd, eine biskupsnämd und soknanämd u. dgl. m.; auch hier geht ferner die Ernennung der Geschworenen theils von den Parteien aus, und zwar so daß beide Theile zu gleichen Hälften bei derselben mitwirken, theils aber von dem Beamten. Man hat wohl darüber gestritten ob die Nämd als ein Bestandtheil des Gerichts anzusehen sey oder nicht; die letztere Annahme und damit die Eigenschaft der Nämd als eines Beweismittels, ist indessen durch Schlyter in einer vortrefflichen und für die gesammte Auffassung des Geschwornenwesens höchst werthvollen Abhandlung bis zur Evidenz dargethan worden[1]. Während das Urtheilen (döma) oder Gesetzauslegen (lagh skilia) immer nur dem Richter beigelegt wird, erscheint die Nämd berufen festzustellen was in der Sache wahr sey (hvat paer var sant um), sie hat also in derselben Weise die Entscheidung der Thatfrage, wie der Richter die Entscheidung der Rechtsfrage zu beschaffen; die nämdamal stehen völlig coordinirt neben den vitnismal und dulsmal, der Ausdruck ad vitna, bezeugen, kann auf die Thätigkeit der Nämd Anwendung finden, und ebensogut gesagt werden daß man sich mit ihr, als daß man sich mit der Eideshülfe vertheidige (at väria sik mep nämdinni, wie mep tylftar epe u. dgl.); auch hier also treten die Geschworenen ganz entschieden als Beweismittel auf[2]. Auch

---

[1]) Anmärkningar angaaende det forna förhaallandet emellan domare och nämd, in dessen Juridiska afhandlingar, Upsala, 1836, S. 209 — 37. In einer oben, S. 200, Anm. 1 angeführten Schrift hat Michelsen Schlyters Abhandlung verdientermaßen anerkannt und benützt: vgl. auch Wilda, S. 253—6.

[2]) Mit Recht macht Schlyter darauf aufmerksam daß zwar in manchen Fällen der Ausspruch der Nämd auch bereits das Urtheil in sich fassen möge, wenn nämlich die Rechtsfrage völlig klar und somit nur die Thatfrage einer Entscheidung bedürftig war, daß aber dieß weder nothwendig noch auch nur in der Regel der Fall sey; man kann in der That ebensowenig sagen daß nach altschwedischem Recht der Richter nur den Ausspruch der Nämd verkündet habe, als man behaupten kann daß derselbe in unserem modernen Civilproceß die in der Aus-

nach schwedischem Rechte entscheidet Stimmenmehrheit unter den Geschwornen, und mögen diese den Beklagten „entweder wehren oder fällen;" auch hier sprechen dieselben ferner in gewissen bürgerlichen Rechtssachen sowohl als in bestimmten Strafsachen, zumal Königsfriedensbruchsachen. Eine förmliche Untersuchung geht ihrem Wahrspruche voraus, und es mag vorkommen daß Zeugenaussagen oder Eidhelfereide ihn stützen. Eigenthümlich ist dem schwedischen Rechte daß die Nämd auch ihr Nichtwissen erklären oder auch Bedenkzeit bis zum nächsten Gerichtstage fordern darf, und daß im ersteren Falle sodann auf den Reinigungseid mit Eidhelfern zurückgegriffen wird; eigenthümlich ferner daß ihr Wahrspruch angefochten werden kann, und zwar nicht bloß wegen Rechtswidrigkeit (olagh), sondern auch wegen Wahrheitswidrigkeit (osannind); aber freilich sind beide Eigenthümlichkeiten wie so manche andere Seiten des Institutes in den verschiedenen schwedisch-götischen Rechten keineswegs gleichmäßig vorhanden und ausgeprägt. In Dänemark kehren die Geschworenen unter der Benennung näfn oder näfnd wieder, tragen also denselben Namen wie in Schweden; die Gestaltung des Instituts ist aber eine sehr verschiedene in den verschiedenen Provincialrechten. Das weltliche wie das Kirchenrecht von Schonen und von Seland kennt die Näfnd, wenn auch in nicht sehr bedeutender Ausdehnung der Anwendungsfälle, und zwar kommt dieselbe in der ersteren Landschaft bereits zu einer Zeit vor, da doch die Gottesurtheile noch im Schwange waren; dabei ernennt nach seländischem Recht der Kläger 16, in gewissen Fällen 10 Männer aus dem Herad, von welchen der Beklagte 3 zu verwerfen hat, so daß die Jury aus 13 oder 7 Männern besteht; nach schonischem Rechte dagegen hat der Kläger nur 12 Leute zu ernennen, und der Beklagte darf ebenfalls deren 3 verwerfen, die dann aber durch neue Ernennung seitens des Klägers zu ersetzen sind: doch hat König Waldemars II. Verordnung die Ernennung abweichend dahin geregelt daß wie in Seland 16 Leute zu wählen und durch Recusation auf 12 zu bringen seyen. Mannigfaltigere Ausprägung zeigt die Nefnd im jütischen Recht. Neben der häredsnäfnd steht hier eine

---

sage der Zeugen, dem Schiedseide der Partei u. dgl. bereits vorliegende Entscheidung lediglich publicire.

ransnäfnd und skipsnäfnd, eine biskupsnäfnd und kirkenäfnd[1]), und die sannendmen (veridici) reihen sich diesen verschiedenen Arten als ein weiteres verwandtes Institut an; aus dem Herad oder dem Pfarrsprengel gehen die Geschworenen hervor, aber sie werden sämmtlich bereits durch die Staats- oder Kirchengewalt, oder durch unparteiische Männer erwählt, die rans- und biskupsnäfnd wird sogar je auf die Dauer eines Jahres bestellt, und die Function der sannendmen ist vollends eine lebenslängliche. Allerwärts verhalten sich dabei die Stadtrechte feindlich gegen die Nefnd; sie schließen diese, an der Reinigung durch Eidhelfer festhaltend, völlig aus, oder unterwerfen sich ihr doch erst in späterer Zeit. Dabei geht der Eid der Geschworenen dahin daß sie nachgeforscht und überlegt, aber nichts anderes erfahren haben und nichts anderes für wahrer wissen (witä äy annät sannärä), als daß der Beklagte schuldig (unschuldig) sey; auch hier gelten dieselben somit als Beweismittel, und stehen sie dem Gerichte, von welchem die Urtheilsfällung ausgeht, wohl unterschieden gegenüber[2]). Stimmenmehrheit gilt auch bei der dänischen Nefnd, und für den Fall der Stimmengleichheit hilft man sich etwa mit einer Verstärkung derselben; auch in Dänemark mag ferner der Spruch der Geschworenen für wie gegen den Beklagten fallen, und wie in Schweden sind die Fälle, in welchen derselbe zulässig ist, genau bestimmt, seyen sie nun bürgerliche oder Straffälle. Auch hier geht, wie dieß schon die Eidesformel zeigt, eine Untersuchung und Berathung dem Wahrspruche voraus, und es werden auch wohl die Geschworenen geradezu angewiesen sich vor dessen Fällung mit den angesehensten Leuten des Bezirkes zu benehmen; endlich wird wenigstens in gewissen Fällen auch von dänischen Rechten eine Anfechtung des Verdictes noch nachträglich verstattet[3]).

---

[1]) Die kynsnäfn hat nur den Namen mit jenen gemein, bildet aber lediglich eine eigenthümlich gestaltete Art der Eideshülfe.

[2]) Mit Unrecht stellt Kolderup-Rosenvinge, Retshist. II, S. 167—8, die Nefnd mit den Dingleuten, denen die Urtheilsfällung zukommt, zusammen, während er sie doch richtig zu den Beweismitteln rechnet.

[3]) Sehr interessante Aufschlüsse über das spätere dänische Recht, in welchem sich einerseits ein förmliches Beweisverfahren vor den Geschworenen, andererseits aber eine Appellation von der Heradsnefnd an eine Landsnefnd, und von dieser an das Königsgericht ausbildet, während

An die bisher besprochenen Erscheinungen läßt sich nun zunächst die inquisitio, recognitio und jurata des normännischen Rechtes anreihen, von welcher bereits gelegentlich die Rede war [1]. Wir heben hier nur hervor daß dieselbe stets durch den Beamten ernannt wurde, und zwar aus benachbarten, unparteiischen und wohlberufenen Leuten, von welchen man nach der Sache annehmen darf daß sie am besten Bescheid wissen über die fragliche Thatsache [2]; daß ferner der Richter befugt war die einzelnen jureurs einzeln zu vernehmen und über den Grund ihres Wissens genauer zu befragen. Auch in der Normandie werden diese Geschwornen zu den Beweismitteln gezählt, wie sich dieß schon aus dem Zusammenhange ergibt, in welchem die jüngere Coutume von denselben handelt; es gilt von ihrer Thätigkeit der Ausdruck prouver oder monstrer, nicht juger; auf das Sagen der vérité ist die Formel ihres Eides gestellt [3], und man sagt que la vérité en soit sceue par l'enqueste oder la vérité declairée par l'enqueste du pays [4], — ihrem Spruche folgt erst noch das Urtheil des Gerichts [5]. Aber freilich wird die Begränzung der Rechtsfrage und der Thatfrage keineswegs scharf gezogen oder streng festgehalten, und man läßt die Geschworenen nicht nur in Strafsachen unbedenklich direct über die Schuldfrage sprechen, sondern nicht minder auch in Civilsachen auf das Recht, wenn die

---

doch daneben die Function der Geschworenen von der richterlichen fortwährend geschieden bleibt, findet man bei Michelsen S. 60—78; hier kann diese spätere Entwicklung nicht weiter verfolgt werden.

[1]) Siehe oben S. 351; wegen des Details vgl. Biener, das englische Geschwornengericht, I., S. 38—48.

[2]) Bei Marnier, S. 40. kann es von hier aus gelegentlich eines einzelnen Falles geradezu heißen: il n'aura pas le requenoissent quar li visnez ne set riens del don.

[3]) Grand Coust. c. 95, S. 39.

[4]) Grand Coust. c. 24, S. 12; c. 78, S. 32.

[5]) Ebenda c. 68, S. 29: Et ilz doibvent recongnoistre que ainsi ont-il juré; et sur ce doibt maintenant jugement estre faict par l'advis et opinion des assistentz de la Court; et ce qui sera jugé doibt estre accomply sans delay; et ce que les vingt diront, soit gardé sans contredict. Ferner c. 69, S. 29: Et se il est attaint par l'enqueste il doibt estre condamné; et se l'enqueste le saulve, il doibt estre saulve et delivré.

Entscheidung über dieses so einfach aus der Feststellung der Thatsache sich ergibt, daß die bei jedermann vorauszusetzende Rechtskenntniß genügt, um den Schluß auf dieselbe zu ziehen; von hier aus erklärt es sich daß einmal von einem Verluste von Gütern par jugement ou par enqueste qui en ait esté faicte die Rede seyn kann[1]), und insoweit mag Biener allenfalls mit Recht sagen daß durch die enqueste zugleich über Thatsache und Recht entschieden worden sey; für die principielle Würdigung des Institutes scheint indessen diese Auffassung nicht die richtige zu seyn, und nicht übersehen werden zu dürfen daß ähnliche Ueberschreitungen der begrifflich gezogenen Gränze auch beim Nachbarzeugniß in seiner ursprünglichen Gestalt, beim erwählten Zeugnisse, ja sogar beim Parteieneide vorkommen[2]). Uebrigens entscheiden die Geschworenen nicht nach einfacher Stimmenmehrheit, vielmehr müssen je nachdem ihrer 12 oder 24 sind, 11 oder 20 übereinstimmende Aussagen vorliegen, damit ein gültiger Spruch erfolge; ist ein solcher nicht zu erreichen, wie dieß auch dann der Fall ist, wenn die Geschworenen ihr Nichtwissen erklären (mettre en non sçavoir), so wird zu Duell oder desrene zurückgegriffen. Ganz besonders sehen wir uns veranlaßt zu betonen daß das Institut theils auf altem Herkommen, theils auf Statuten beruht, welche mittelst desselben den Gebrauch des Duells zu beschränken suchten; letzterenfalls sprach man von recognitiones, welche immer ein vom herzoglichen Oberrichter, sey es nun vom Kläger oder vom Beklagten, zu erholendes breve voraussetzten und demgemäß den herzoglichen Gerichten vorbehalten waren, während ersterenfalls auch die Gerichte anderer Herren, freilich nur nach Uebereinkunft der Parteien, eine jurée halten mögen[3]). In Strafsachen endlich konnte beim Verfahren auf Klage eine enqueste eigentlich ebenfalls nur nach Uebereinkunft beider Theile eintreten, wiewohl eine mildere Meinung bereits dem Angeschuldigten gestatten wollte durch Berufung auf sie dem Duelle zu entgehen; beim Verfahren von Amtswegen auf bloßen Verdacht hin hilft man sich, wenigstens nach Abschaffung der Gottesurtheile, dadurch daß man durch har-

---

[1]) Ebenda c. 33, S. 17.

[2]) Vgl. Schlyters treffliche Bemerkungen S. 227—8.

[3]) So schon bei Marnier, S. 21 u. 37.

tes Gefängniß den Verdächtigen zur Unterwerfung unter den Spruch der Geschworenen zu zwingen sucht. In England ferner sehen wir eine der normännischen sehr ähnliche, wenn auch in manchen nicht unerheblichen Punkten von derselben abweichende Entwicklung sich geltend machen[1]). Zum erstenmale begegnen wir hier dem Namen der recognitiones als einem technischen in den Beschlüssen der Reichstage von Clarendon (1164) und Northampton (1176), und dem wenig später schreibenden Glanvilla sind dieselben bereits als vollkommen entwickelt bekannt. Dabei sind die Fälle, in welchen dieselben eintreten, wesentlich die nämlichen, in welchen auch die Coutume der Normandie ihre recognitiones (im engeren Sinn des Wortes) zuläßt, und nicht minder ist die Behandlung hier wie dort die gleiche; auch in England ersetzen die recognitiones, oder wie sie später häufiger genannt werden die assisae[2]), das Duell, sey es nun daß das Recht zwischen beiden zu wählen bereits dem Kläger oder erst dem Beklagten eingeräumt sey, — auch hier fordert deren Anwendung immer die Erholung eines besonderen breve, durch welches die an die Geschworenen zu richtenden Fragen bestimmt werden, und ist dieselbe nicht nur überhaupt den königlichen Gerichten, sondern sogar ganz speciell der curia regis vorbehalten, — ebenso kehrt die Bestellung durch den Beamten, und die Wahl aus dem Hundred oder der Nachbarschaft wieder, wobei auf die eigene Wissenschaft der Einzelnen über die fragliche Thatsache Gewicht gelegt wird, u. dergl. m. Neben die assissa tritt sodann für Fälle, in welchen jene nicht statthaft ist, oder auch zur Erledigung von Exceptionen und Präjudicialpunkten, die jurata; schon unter K. Johann, in einzelnen Spuren sogar noch früher nachweisbar, erscheint dieselbe bei Bracton (um 1250) als ein vollständig ausgebildetes Institut. Ihre Anwendung, auf Civilfälle beschränkt, beruht immer auf einer Einigung der Parteien,

---

[1]) Die folgende Darstellung stützt sich mehrfach auf Bieners bereits wiederholt angeführte vortreffliche Schrift; auf diese mag denn auch bezüglich der Belege verwiesen werden, wobei indessen ganz besonders auf die in Band III. (1855), S. 130 u. f. enthaltenen Ausführungen und Zusammenstellungen aufmerksam zu machen ist.

[2]) Ueber die Entstehung des letzteren Namens vergl. Biener, Beiträge zu der Geschichte des Inquisitionsprocesses, S. 256 — 7.

durch welche denn auch die Fragepunkte bestimmt werden, und es kann vorkommen daß die zur Assise einberufenen Geschwornen in Folge solcher Einigung über nicht im Breve vorgesehene Punkte als Jurata zu sprechen aufgefordert werden (assisa vertitur in juratam). Eben in dieser Abhängigkeit der jurata von der Willkür der Streittheile, der assisa aber von Gesetz und breve liegt der charakteristische Unterschied beider. Beide aber gelten als Beweismittel, und bei beiden ist dem Richter gestattet, nach den Gründen ihrer Wissenschaft die Geschwornen zu fragen; wie die assisa war ferner auch die jurata ausschließlich der curia regis vorbehalten. Endlich dringt der Gebrauch der jurata aus dem Civilprocesse auch in das Strafverfahren herüber. Bereits aus dem Ende des 12. und im Anfange des 13 Jahrhunderts liegen einige Fälle vor, welche deren Gebrauch in Strafsachen und zumal beim Verfahren auf Klage zeigen [1]); zu festerer Gestaltung gedieh indessen die Jury im Criminalprocesse erst nachdem die Kirche und in Folge dessen auch das Parlament (1219) die Gottesurtheile fallen gelassen hatte. Bei dem Verfahren auf Klage war vordem zum Gottesurtheile gegriffen worden, wenn der Angeschuldigte zum Duell unfähig gewesen war, beim Verfahren auf Rüge aber unter allen Umständen, falls nur die Rüge gegründet erschien; jetzt erlaubt man in diesen Fällen dem Angeschuldigten sich auf die patria, d. h. den Spruch der Geschwornen zu berufen (seit 1221 nachweisbar) und ließ diese allenfalls sogar sprechen wenn er sich dessen weigerte, aber auch in Fällen, da das Duell zulässig war, gestattete man demselben jetzt um so leichter die Wahl zwischen diesem und der patria, offenbar nach Analogie des bezüglichen der Assisen längst bestehenden Rechts. Bei Bracton erscheint dieses Verfahren bereits vollständig ausgebildet; dabei war die urtheilende Jury vielleicht ursprünglich mit der Rügejury der Justitiare identisch gewesen, und nur wenn auf Klage oder auf eine Rüge der Rügejury des vicecomes verfahren wurde, eine eigene Urtheilsjury gebildet worden: bei Britton (Ende des 13. Jahrh.) erscheint indessen dieser Uebelstand jedenfalls bereits beseitigt. Uebrigens gilt die patria immer als ein Vertheidigungsmittel des Angeschuldigten, der freilich unter Umständen von demselben

---

[1]) Vergl. Biener, III, S. 180 und folg.

Gebrauch zu machen gezwungen wird; auch hier kehrt ferner das inquisitorische Eingreifen des Richters wieder, u. dgl. m. Die spätere Entwickelung der englischen Jury, also die Verschmelzung der assisa und jurata zu einem einzigen Institute, das Aufkommen eines förmlichen Beweisverfahrens vor den Geschwornen, und dergl. gehört nicht mehr hieher, und ebensowenig kann von dem in mannichfacher Hinsicht eigenthümlich gestalteten schottischen Geschworenenwesen die Rede seyn, da dieses in der Hauptsache unzweifelhaft auf einer bloßen Reception englischen Rechts beruht[1]). Dagegen ist wenigstens mit ein paar Worten eines Institutes zu gedenken, welches unter dem Namen der nemede, nemende, nempde in Dithmarschen sich findet, und welches wenigstens möglicherweise unter das Institut der Jury zu subsumiren seyn könnte[2]). Theils aus 9, theils aus 12 Mitgliedern bestehend, geht diese theils aus den Geschlechtsverbänden (Geschlechts-, Kluft-, Sippschaftsnemede) theils aus den Gemeindeverbänden hervor (Kirchspiels- und Bauerschaftsnemede) und wird, in der Regel wenigstens, durch das Gericht, doch vorbehaltlich von Recusationsrechten, bestellt. Sie kommt in zwei Hauptfällen zur Anwendung: einmal nämlich behufs der Reinigung des Beklagten, dann aber auch zur Feststellung des vom Kläger erlittenen Schadens, beidemale jedoch nur innerhalb einer bestimmten Werthgränze, indem für die geringeren Fälle die einfache Eideshülfe eintritt, welche als Zwölfereid, zuweilen auch als Sechser- oder Dreiereid, neben der Nemede steht. Als ein Beweismittel gilt diese letztere ganz entschieden, und zwar als ein den Zwölfereid überbietendes, dem Gottesurtheile dagegen weichendes: minder klar scheint uns dagegen, ob in dem Institute wirklich, wie Michelsen will, eine Jury, oder ob nicht vielmehr in demselben bloß eine Beweisführung mittelst consacramentales nominati zu erkennen sey. Bedenklich erscheint uns nicht nur die von Michelsen selbst S. 124—5 angeführte Stelle des zweiten Landrechts, welche mit Bezug auf die Nemede von einem durch den Beklagten selbzehnt zu schwörenden Eid spricht, und welcher die Terminologie neen seggen mit enem nemede oder dar vor stan mit eneme nemede vollkommen entspricht, sondern auch

---

[1]) Vergl. Biener, II, S. 247 — 63.
[2]) Vergl. Michelsen, S. 116 — 58.

noch der weitere Umstand daß dieselbe immer nur für, nie gegen die Beweisführer zu sprechen scheint. Im Dithmarsischen Rechte wenig bewandert, müssen wir uns indessen begnügen diese Zweifel angeregt zu haben, die Entscheidung Eingeweihteren anheimstellend [1]).

Ueberschaut man diesen möglichst kurzgefaßten Bericht über den quellenmäßigen Befund, so zeigt der erste Blick daß das Geschworneninstitute in den sämmtlichen nordgermanischen Rechten, mit alleiniger Ausnahme des norwegischen, gemeinsames ist. Die Originalität der gesammten Rechtsbildung des Nordens läßt dabei den Gedanken nicht aufkommen daß dasselbe von anderswoher entlehnt seyn könnte, und nicht der geringste positive Anhaltspunkt bietet sich für eine soche Annahme dar; die Verschiedenartigkeit der Gestaltung des Institutes in den verschiedenen Rechten macht überdieß wahrscheinlich, daß auch die einzelnen skandinavischen Stämme dasselbe nicht von einander entlehnt haben, daß dasselbe ferner bei ihnen nicht als ein von Anfang an gegebenes, sondern als ein erst in einer Zeit, da sich die Stämme bereits getrennt hatten, für jeden selbständig erwachsenes zu betrachten sey. Dieser letztere Schluß wird verstärkt durch die genauere Erwägung des norwegischen Beweissystems. Während das schwedische Recht neben seinen nämdamal noch vitnismal, dulsmal, und in älterer Zeit iarnbyrdamal kennt, während das dänische Recht deutlich genug dieselben Grundzüge erkennen läßt, zeigt das norwegische Recht lediglich dieselben Beweismittel, wie sie unsere deutschen Volksrechte brauchen, also das erwählte und das Erfahrungszeugniß, den Parteieneid und die Eideshülfe, endlich das Gottesurtheil, und selbst die Abschaffung dieses letzteren bringt hierin keine wesentliche Aenderung hervor. Diese Ausnahmsstellung des norwegischen Rechtes wird aber um so auffallender, da gerade das von ihm ausgegangene Recht der Republik Island das Geschwornenwesen in der consequentesten und umfassendsten Ausbildung kennt, so daß neben demselben nur das erwählte Zeugniß noch Raum hat, während das Gottesurtheil und der Parteieneid nur sehr ausnahmsweise noch angewandt wird, die Eideshülfe aber vollends bis auf wenige Spuren völlig verschwunden ist; erst zufolge ihrer Unterwerfung

---

[1]) Auch Wilda, S. 254 und 256 ist übrigens der Ansicht daß in der Dithmarsischen Nemede nur erwählte Eidhelfer zu sehen seyen.

unter Norwegen sind die Geschwornen aus dem Rechte der Insel beseitigt worden, indem das einheimische Beweissystem vollständig durch das norwegische verdrängt wurde. Nothwendig drängt sich hier die Frage auf, ob wohl das Geschworeneninstitut ursprünglich auch dem norwegischen Rechte geläufig gewesen, und nur in Folge besonderer Umstände dort abgekommen, in Island aber erhalten geblieben sey, oder ob man umgekehrt in demselben eine neue Bildung zu erblicken habe, welche in der Colonie durchgedrungen wäre, während das Mutterland sich bei seinem alten Rechte erhalten hätte. Michelsen entscheidet sich für die erstere Alternative[1]. In dem künstlichen Systeme der Ernennung der Eidhelfer, welches das Guladingsrecht befolgt, in der Unterscheidung des nefndarvitni und fangavitni, welche im älteren Stadtrechte gemacht wird[2], will er eine Vermischung eines älteren und eines neueren Beweissystemes erkennen; in den Bestimmungen des Bjark. R. §. 34 — 5 und §. 92 — 4, über den heimsqvidhr, welche in der Jarns. Mannh. B. 24 wiederkehren, will er nicht minder einen Ueberrest der alten Nachbargeschworenen finden[3]. Beide Argumente scheinen indessen nicht stringent. Der Gegensatz des fangavitni und nefndarvitni hat mit dem Geschworenenwesen nichts zu thun, sondern weist nur auf eine Verschiedenheit hinsichtlich der Wahl der Eidhelfer hin, welche auch in anderen Rechten, die doch mit jenem in keinerlei Berührung zu bringen sind, ganz ähnlich wiederkehrt; die aus dem Verfahren betreffs des heimsqvidhr gezogenen Schlüsse aber dürften vollends nur auf einer irrigen Deutung dieses Ausdruckes selbst beruhen[4]. Allerdings möchten auch wir darin daß

---

[1]) S. 110 — 6.

[2]) Vergl. oben S. 199 — 200, Anm. 2.

[3]) Dieselben Vorschriften finden sich auch bereits in den Frostuþ L. V. § 22, und wiederholen sich andererseits auch L. L. Mannh. B. 23, und Jonsb. Mannh. B. 25. Michelsen konnte übrigens, beiläufig bemerkt, die erste Ausgabe der norwegischen Gesetze und der Jarnsida noch nicht benützen, und mochte um so eher den unklaren Vorstellungen Arnesens, S. 228 — 30 zu viel nachgeben.

[4]) Die gesetzliche Vorschrift lautet nämlich dahin daß derjenige, welcher einem anderen gewisse schwere Verbrechen vorgeworfen hat, für straffällig erachtet werden soll, wenn nicht heimsqvidhr vorliege, „aber das ist heimskvidhr wenn 10 Männer zur Versammlung mitgehen, und

überhaupt auf Grund eines durch Zeugen constatirten üblen Rufes der Verdächtigte zu einem Reinigungsbeweise genöthigt wurde, einige Beziehung zum Geschworeneninstitute nicht verkennen, und gestehen gerne zu daß es auch anderweitig an solchen dem norwegischen Rechte nicht fehle[1]); wir glauben indessen in solchen vereinzelten Vorkommnissen nicht ausnahmsweise erhaltene Ueberreste eines untergegangenen ältern Beweissystems erkennen zu sollen, sondern umgekehrt die unentwickelten Keime, aus welchen sich anderwärts, und so insbesondere in Island, ein neueres System entfalten konnte und entfaltete, und wir finden in ihnen ebendarum eine weitere Bestätigung der Annahme daß die sämmtlichen nordgermanischen Rechte ursprünglich von demselben Beweissysteme wie die deutschen Volksrechte beherrscht gewesen seyen, und daß erst später von bestimmten, in diesem gebotenen Anhaltspunkten aus in Schweden und Dänemark das Geschworenenwesen neben den ältern Beweismitteln sich ausgebildet, in Island gar nahezu diese völlig verdrängt habe, wäh-

zwei Männer auf das Buch schwören, aber acht das bestätigen daß sie diesen heimsqvidhr vorher gehört haben." Schon der Zusammenhang zeigt daß der Ausdruck ein in der Gegend umlaufendes Gerücht bezeichnen muß, also genau dasselbe was die Gulaþ. L. 32 durch heradhrsfleytt bezeichnen oder, die Frostuþ. L. II, 29. unter Wiederholung des auch im Bjark. R. gebrauchten Ausdruckes heimis — oder heimiliskvidhiar vitni näher dahin erläutern daß der Hauptzeuge zu schwören habe: „daß ich dieß gehört habe, und das sich verbreitet hat (flotet) über drei Höfe oder über mehr als drei; aber nicht weiß ich, ob es wahr ist oder nicht." In der That erklärt sich diese Bedeutung des Wortes etymologisch recht gut. Heimsqvidhr oder heimilisqvidhr ist eine Rede (qvidhr) welche in der Heimath (heimr. und heimili) umgeht, und heimilis kvidhar vitni somit das Zeugniß mittelst dessen man die Existenz einer solchen nachweist; der Anklang an die heimanqvödh, d. h. die Berufung der Nachbargeschworenen in ihrer Heimath im Gegensatz zu der in bestimmten Fällen zulässigen Berufung am Ding, ist demnach ein rein zufälliger, und wir haben keinen Grund anzunehmen daß die obige Deutung, welche auf das Institut wie es in den Gesetzen vorliegt, vollkommen paßt, wie Michelsen will erst aus einem spätern Mißverständniß hervorgegangen sey.

[1]) Wir erinnern beispielsweise an das was die Frostuþ L. XIII. §. 24 über die Prüfung eines mittelst Zeugen und Gegenzeugen geführten Beweises und Gegenbeweises durch 12 beiderseits ernannte Männer vorschreiben u. dgl. m.

rend im norwegischen Rechte höchstens die ersten Anfänge jenes Umbildungsprocesses sich nachweisen lassen[1]).

Nicht minder klar zeigt aber die obige Uebersicht, daß außerhalb der skandinavischen Reiche nur in England und der Normandie, und allenfalls in Dithmarschen, wenn man dessen Nemede überhaupt demselben unterordnen will, das Institut der Geschworenen vorkommt, und im übrigen den südgermanischen Stämmen absolut fremd ist; auch hier entsteht demnach die Frage, wie jene Ausnahmen von der Regel zu erklären seyen, und ob dieselben etwa auf eine Entlehnung aus Skandinavien zurückzuführen seyen. Sieht man nun von der Dithmarsischen Nemede ab, bezüglich deren übrigens ein Einfluß des dänischen Rechtes durch die geographische Lage nahe genug gelegt erscheint, so leuchtet ein daß bei dem offenbaren Zusammenhang zwischen der normännischen und englischen Jury jene Frage sich näher dahin präcisiren müsse, ob die normännische enqueste aus der englischen assisa und jurata, oder umgekehrt das englische Institut aus dem Normännischen abzuleiten, und ob, wenn das letztere, die Entstehung der normännischen enqueste mit der skandinavischen Einwanderung in jenen Theil Frankreichs in Beziehung zu bringen sey? Mit Biener[2]) glauben wir nun vor allem daß das normännische Geschwornenwesen die Quelle des englischen gewesen sey, nicht umgekehrt. Es ist zwar richtig daß man für England die recognitiones um einige Decennien früher nachweisen kann als für die Normandie: allein es ist dieß nur eine Folge unseres Mangels an Quellen, da die dem Anfange des 13. Jahrhunderts angehörige ältere Coutume, welche dieselben schon völlig ausgebildet zeigt, denn doch aus älteren Materialien geschöpft haben muß, und innere Gründe dürften für das höhere Alter des normännischen Institutes sprechen. Neben den auf Statut

---

[1]) Wir sind demnach diametral entgegengesetzter Ansicht als Biener, welcher Bd. I, S. 36, die Behauptung aufstellt: „der Reinigungseid mit Eideshelfern ist nicht ursprünglich in dem nordischen Processe." Bieners Angaben über nordische Rechtszustände sind überhaupt voller Mißverständnisse und von seinen Berichten über das englische oder normännische Recht wohl zu unterscheiden. Wilda erklärt sich dagegen bestimmt für die spätere und allmähliche Ausbildung des Instituts; vgl. S. 257 — 8 und 260.

[2]) I. S. 45 — 7, und 60 — 1; ferner III. S. 201 — 2.

beruhenden recongnoissants stehen hier enquestes, welche auf eine coustume gardée de longtemps sich stützen[1]), und offenbar sind diese das Urbild jener; beide sind nicht dem herzoglichen Obergerichte vorbehalten, sondern mögen auch bei den Untergerichten des Herzogs, die einfachen juratae unter Umständen sogar bei den Patrimonialgerichten anderer Herren abgehalten werden, während in England nur der curia regis assisae et juratae zu halten verstattet ist: ein naturwüchsigerer Charakter des normännischen Rechtes tritt in beiden Differenzpunkten unverkennbar hervor. Entscheidend aber ist nach unserer Meinung der Umstand daß man vor der normännischen Eroberung im englischen Processe nicht die mindeste Spur der spätern assisae oder juratae zu finden vermag; was man als solche wohl nachzuweisen versucht hat, bezieht sich theils nur auf das Rügeverfahren[2]), theils auf eigenthümliche Normen über die rechtliche Entscheidung in bestimmten Ausnahmsfällen[3]), theils endlich auf eigenthümliche Gestaltungen der Eideshülfe, bezüglich deren unten noch zu bemerken seyn wird daß sie mit der Jury in keinerlei Zusammenhang stehen. Auch darin sind wir ferner mit Biener einverstanden daß das normännische Geschworenenwesen auf nordischen, nicht auf karolingisch-fränkischen Ursprung zurückgeführt werden müsse, so wenig wir im einzelnen seine Meinungen über den altnordischen Proceß selbst und dessen Geschichte theilen möchten[4]); die eigenthümliche Gestalt, welche das normännisch-englische Geschworeneninstitut zeigt, die Langsamkeit mit

---

[1]) Grand coust. c. 92, S. 37.

[2]) So Aedhelr. III. §. 3. Wir bemerken zugleich daß es sehr zweifelhaft erscheint ob diese Stelle überhaupt auch nur angelsächsisches Recht enthält; die ganze Aufzeichnung bezieht sich auf das von den Dänen besetzte Land, wie dieß schon die Hinweisung auf die bekannten fünf Burgen darthut, und sie ist voller Anklänge an specifisch nordisches Recht.

[3]) So Duns 6. In Streitigkeiten zwischen Engländern und Wälschen sollen hiernach 12 lahmenn, halb Engländer, halb Wälsche, riht taecean, und hierin will noch Michelsen, S. 168, eine Jury de medietate linguae finden. Aber die Ausdrücke lahmenn, riht taecean, weisen denn doch auf eine Beziehung zur Rechtsfrage, nicht zur Thatfrage hin, und wenn man sich daran stoßen will, daß nicht von einem dom die Rede ist, so mag man allenfalls statt an ein Urtheil, an eine Rechtsweisung denken, keinenfalls aber an eine bloße Beweisführung.

[4]) I. S. 14 — 7, 33 — 8.

welcher dasselbe sich seinem Abschluß entgegenbildet, dient uns dabei als eine weitere Stütze für die oben ausgesprochene Vermuthung daß dasselbe, wenn auch aus gemeinsamer Wurzel, doch für jeden Zweig des skandinavischen Völkerstammes sich selbständig, und daß dasselbe sich erst in verhältnißmäßig junger Zeit ausgebildet habe.

Welches soll nun aber — und damit kommen wir zu unserer letzten und wichtigsten, aber freilich zugleich auch schwierigsten Frage — jene gemeinsame Wurzel seyn, von welcher aus die mannichfaltigen Gestaltungen des skandinavischen Geschworenenwesens erwachsen sind? Man erinnert sich wie wir im ältesten germanischen Processe zwei Institute nachgewiesen haben, welche in ihrem Gebrauche eine gewisse principielle Aehnlichkeit mit der Jury hatten, die Eideshülfe nämlich und das Erfahrungszeugniß[1]); an dieses wie an jene hat denn auch in der That unsere neuere Literatur die Entstehung dieser letzteren anzuknüpfen versucht. Bereits Rogge hat den Versuch gemacht, die Geschworenen, in denen er richtig ein Beweismittel, kein Gericht erkennt, auf die Eideshülfe zurückzuführen, und dabei vorzugsweise von der dänischen Benennung derselben (näfningar), welche auf die compurgatores nominati (die kynsnäfn gehört ja diesen zu) ebenfalls Anwendung findet, sich bestimmen lassen[2]); Andere sind ihm gefolgt, und selbst in der neuesten Zeit ist seine Ansicht, und zwar zumal in Verbindung mit dem Bestreben der Jury einen angelsächsischen Ursprung zu vindiciren, wiederholt und mit scharfsinnigen Gründen verfochten worden[3]). Uns scheint indessen allen derartigen Con-

---

[1]) Oben S. 372 — 4.

[2]) S. 242 — 54. Umgekehrt hat Kolderup-Rosenvinge, Diss. I. S. 21 — 4, not. und II. S. 174 — 5, den Unterschied der näfn und der ernannten Eidhelfer, insbesondere auch der kynsnäfn richtig hervorgehoben, dagegen jene irrig als Richter aufgefaßt.

[3]) Vergl. z. B. G. L. Maurer, Geschichte des altgermanischen Gerichtsverfahrens (1824), S. 107 — 10, und über die Freipflege (1848), S. 37 — 8; Nordström, II S. 775 — 85; J. E. Larsen, in Oersted's Juridisk Tudskrift, Bd. XIV S. 20 und f. (1827); Michelsen, S. 158 - 90; Köstlin, Wendepunkt, S. 296 und folg.; Gundermann, Geschichte der Entstehung der Jury in England (1847); Sachße, S. 71 — 87.

structionen, auf deren detaillirte Prüfung hier näher einzugehen der Raum nicht gestattet, schon der Umstand im Wege zu stehen daß der Eidhelfereid immer nur auf die Glaubwürdigkeit des ihm vorhergehenden Hauptschwures, nie auf die objective Wahrheit derjenigen Thatsache selbst gerichtet war, welche den Gegenstand dieses letzteren bildete, während gerade die Richtung auf diese objective Wahrheit ein charakteristisches Merkmal des Geschworeneneides von Anfang an ist; ferner der weitere Umstand daß die Geschworenen als ein zweiseitiges Beweismittel berufen sind „zu wehren oder zu fällen", während die Eidhelfer immer nur für den Beweisführer schwören oder aber den Schwur verweigern müssen, und daß jene durch die Erklärung ihres Nichtwissens die Entscheidung für den Läugnenden geben oder doch diesem den Zutritt zu anderweitigen Beweismitteln eröffnen, während diese durch die Verweigerung ihres Eides denselben fällen; endlich auch die Thatsache daß wir in allen den Rechten, welche die Jury kennen, selbst das isländische nicht ausgenommen, neben derselben die Eideshülfe, ja hin und wieder sogar den Schwur von ernannten Eidhelfern forterhalten sehen, ohne daß sich eine Spur eines genetischen Zusammenhanges zwischen dieser und jener erkennen ließe. Auf der anderen Seite hat nun aber Biener sowohl in einer Reihe früherer Werke als auch jetzt wieder in seiner neuesten und umfassendsten Schrift über das englische Geschwornengericht[1]) die Ansicht verfochten daß die Entstehung der Jury auf das Nachbarzeugniß zurückzuführen sey; auch seine Ansicht hat hin und wider, wenn auch in geringerem Umfange, Beifall erhalten[2]) und in der That scheint dieselbe im wesentlichen die richtige zu seyn. Von Anfang an ist die Aussage der Erfahrungszeugen auf die objective Wahrheit der zu erweisenden Thatsache, nicht auf die subjective Wahrheit eines Parteieneides gerichtet, und ist dieselbe insofern ein zweiseitiges Beweismittel, als sie für oder gegen den Beweisführer fallen kann; von Anfang an sagen ferner die Erfahrungszeugen nicht bloß auf Grund unmittelbarer eigener Erkenntniß aus, sondern auch von Hörensagen

---

[1]) Vgl. zumal I. S. 153 u. folg.

[2]) Vgl. z. B. Homeyer in seiner Anzeige der Grimm'schen R. A. (Jahrb. für wissenschaftliche Kritik, 1830 April, S. 554), und System des Lehnrechts, S. 621.

u. dgl., und hat somit deren Aussage allerdings ein urtheilendes Moment in sich[1]); von Anfang an ist endlich bei ihnen die Gränze zwischen der Entscheidung der Rechts- und der Thatfrage am mindesten scharf gezogen. Das Hervorgehen der Geschwornen aus der Gemeinde oder Nachbarschaft kann zwar nicht als ein entscheidender Grund gegen deren Herleitung aus der Eideshülfe betrachtet werden, da auch bei dieser ähnliches vorkommt, paßt aber wenigstens vortrefflich zu deren Anknüpfung an das Erfahrungszeugniß, und der repräsentative Charakter, vermöge dessen dieselben geradezu als patria behandelt und bezeichnet werden mögen, findet ebendarin seine natürliche Erklärung. Sehr erheblich scheint ferner eine Thatsache auf welche neben Biener zumal Wilda[2]) Gewicht legt, daß nämlich in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten die Geschworenen weit früher angewandt wurden als in Strafsachen, und daß Streitigkeiten über Grundbesitz und Gemeindeverhältnisse den Ausgangspunkt für ihre Competenz gebildet zu haben scheinen, also gerade diejenigen Fälle in welchen ganz vorzugsweise das Nachbarzeugniß zur Anwendung kam; beachtenswerth dürfte auch seyn daß im isländischen Rechte, also gerade in dem Rechte welches unter den älteren das Geschwornenwesen am consequentesten und umfassendsten entwickelt hat, das dem norwegischen Rechte bekannte ältere Nachbarzeugniß völlig verschwunden ist, so umfassender Gebrauch sonst von dem nachbarschaftlichen Verbande zu gerichtlichen und anderen Zwecken gemacht wird. Gerade in den normännisch-englischen Rechten scheint sich der Uebergang aus dem Nachbarzeugnisse in die Jury ganz besonders deutlich zu zeigen. In den Leges Henrici I, welche ebensowenig als die Leges Edwardi Confessoris von einem Geschwornengerichte wissen, sehen wir bereits durch den Eid von zwölf ihrer besten Angehörigen den Comitat oder das Hundred,

---

1) Michelsen's Polemik gegen Biener (S. 161 — 6) beruht wesentlich darauf daß die Eigenthümlichkeiten des Erfahrungszeugnisses gegenüber dem erwählten unbeachtet bleiben. Wenn Glanvilla die Gründe der scientia die er von den Geschworenen fordert, darauf zurückführt, quod per proprium visum suum et auditum illius rei habuerint notitiam, vel per verba patrum suorum, et per talia quibus fidem teneantur habere ut propriis, so ist damit nichts ausgesprochen, was nicht Wort für Wort ebenso auch von dem alten Erfahrungszeugnisse gesagt werden könnte.

2) S. 257 — 8.

freilich in eigener Sache, vor Gericht vertreten [1]); in einer Reihe von Rechtsfällen aus der Zeit zunächst nach der Eroberung macht sich bereits eine ähnliche Vertretung der Gemeinde geltend, wo es sich um das Abgeben eines Zeugnisses handelt, und bei Glanvilla ist das testimonium oder veredictum vicineti völlig ausgebildet vorhanden, so daß sich die ersteren bestimmteren Spuren der jurata unmittelbar an dasselbe anschließen; daß auch bei den Geschwornen auf eigene Kenntniß von den zu erweisenden Thatsachen gesehen wurde, daß bei ihnen dieselben Recusationen wie bei Zeugen, dann auch bei falscher Aussage die Strafen wegen falschen Zeugnisses eintraten, scheint die Kette der Beweisführung völlig zu schließen.

Dieß unsere Ansicht über die annoch obschwebende Meinungsverschiedenheit. Dieselbe geht, wie man sieht, von dem Satze aus, daß ursprünglich für alle germanischen Stämme ein und dasselbe Beweissystem gegolten habe, welches von dem Geschwornenwesen nichts wußte; daß später erst bei den nordgermanischen Stämmen und zwar bei jedem derselben selbständig, das Institut der Geschwornen sich allmählich entwickelt habe, und zwar im Anschlusse an das Nachbarzeugniß, nicht an die Eideshülfe, während die südgermanischen Rechte, welchen ausnahmsweise auch das norwegische sich anschließt, dem älteren System getreu blieben, und somit höchstens unentwickelte Keime der gleichen Umgestaltung zeigen mögen; daß endlich in der Normandie auf Grund der nordischen Abkunft ihrer Bewohner das gleiche Institut von gleicher Wurzel aus entstanden, und von hier aus im Gefolge der Eroberung Englands auf dieses letztere Reich übertragen worden sey. Wir erkennen übrigens unverhohlen an daß diese unsere Ansicht zur Zeit noch mehr auf Vermuthungen, als auf erschöpfende Erforschung des unendlich weitschichtigen Materiales sich gründe, und daß dieselbe demzufolge in gar mancher Beziehung bei genauerer Prüfung sich mangelhaft oder selbst unrichtig erweisen möge; eine endgültige Erledigung der vielbesprochenen Frage scheint uns vor allem eine bis in das geringste Detail herabgehende Durchmusterung und Vergleichung der einzelnen nordischen Rechte zu erfordern, an welcher es bis jetzt noch so gut wie völlig fehlt.

[1]) L. Henr. 48, §. 2 und 92, §. 11.

K. Maurer.

XVI.

Werthpapiere. Inhaberpapiere.

Vorbemerkung der Redaction.

Unser verehrter College und Mitredacteur dieser Zeitschrift, Professor Arndts, hatte anfänglich die Absicht, die Schrift von Professor Unger hier zu besprechen, als theils die Mittheilung der nachfolgenden Abhandlung von Professor Renaud, theils der Wunsch, die eben so schwierige als wichtige Frage der Inhaberpapiere einer wiederholten Erwägung zu unterwerfen, ihn bestimmten sein Vorhaben zu verschieben.

Bei dieser Gelegenheit erlaube ich mir ein Mißverständniß der Ungerischen Schrift über meine Auffassung der Inhaberpapiere zu berichtigen, und zu weiterer Erklärung derselben einiges beizufügen. Ich sagte Deutsches Privatrecht §. 117. 1. „Sie (die Inhaberpapiere) sind nach der causa debendi unter einander verschieden. — Aber jene Schuldscheine sind auch nicht bloße Beweisurkunden für Forderungen, welche außer ihnen ein selbständiges Daseyn haben, sondern die Forderungen sind gleichsam mit ihnen verwachsen, an sie gebunden. Sie bilden um der Form willen eine besondere Gattung von Obligationen." D. h. die Forderung z. B. aus Darlehen oder aus einer Actiengesellschaft, welche in ein Inhaberpapier aufgenommen wird, erhält dadurch ein eigenthümliches Gepräge, wie das Gold oder Silber, das unter den Prägstock der Münze kommt und zu Geld wird. Sie besteht nicht mehr als eine selbständige gemeine Darlehens- oder Actienforderung, sondern sie ist durch die formelle Ausprägung zu einer Inhaberforderung aus Darlehen oder zu einer

Inhaberforderung aus Actiengesellschaft geworden, wie das geprägte Gold oder Silber zu einer goldenen oder silbernen Münze. Durch einen grammatischen Irrthum getäuscht, hat Unger geglaubt, ich wollte sagen: sie seyen 1) Beweisurkunden für Forderungen, welche außer ihnen ein selbständiges Daseyn haben, und 2) auch mehr als Beweisurkunden, Obligationsformen für Obligationen, die doch wieder außer ihnen kein selbständiges Daseyn haben; — was ein logischer Widerspruch ist, den Unger, läge er wirklich vor, viel zu glimpflich behandelt hätte.

Ich stimme also insofern mit ihm überein als ich der Form der Inhaberschrift eine wesentliche d. h. die Natur der Obligatio ändernde Bedeutung beilege. Sie ist Beweisurkunde und Formurkunde zugleich. Sie beweist die Existenz eines Schuldverhältnisses, und gibt demselben eine bestimmte obligatorische Form, welche bewirkt, daß es im Verkehr anders behandelt wird als wenn diese Form nicht ersichtlich wäre.

Im weiteren Sinn kann man alle Werthpapiere formelle Verträge insofern nennen, als in allen die Form wesentlich ist und wirkt. Aber der Unterschied zwischen dem Formalcontract des Wechsels und den gewöhnlichen Inhaberpapieren ist meines Erachtens doch ein specifischer. Ich bin der Ansicht man müsse, was bisher noch nicht hinreichend geschehen ist, vorerst den weitern Gegensatz ins Klare setzen von

1) Forderungen, die an eine Urkunde gebunden sind, obligatorische Werthpapiere im eigentlichen Sinn, und
2) Forderungen, die nicht an eine Urkunde gebunden sind.

Unter jene fallen dann wieder verschiedene Geschäftsformen, von denen einzelne fähig sind zur Aufnahme verschiedenartiger Geschäfte zu dienen, insbesondere:

a) bestimmt-persönlich gehaltene Werthpapiere der verschiedensten Art, z. B. manche Versicherungspolicen, Hypothekarbriefe u. s. f.
b) Ordrepapiere, und aus diesen eigenthümlich hervorragend
c) der Wechsel, in dem zuerst ein reiner Formalcontract ausgebildet ist, weil er völlig von der causa debendi abstrahirt, und nach allen Seiten hin formell abgegränzt und bestimmt wird;

d) die **Papiere auf den Inhaber**, keineswegs völlig abstrahirend von der Natur des zu Grunde liegenden (materiellen) Geschäfts, welches in dieser Form ausgeprägt worden ist, aber durch ihre sachenrechtliche Form in noch höherem Grade beweglich und noch leichter veräußerlich gemacht, als selbst die Ordrepapiere.

In dem Zürcherischen Gesetzbuch ist der Grundbegriff der „mit Urkunden verbundenen Forderungen" anerkannt, und es sind darin eine Reihe gemeinsamer Wirkungen desselben aufgezählt worden. (Vergl. §§. 1044. 1059. 858. 845. 1349.)

Bluntschli.

Zur Theorie der Obligationen auf den Inhaber.

Wie bei so manchen andern Instituten des deutschen Rechts, so hat in der Theorie der Obligationen auf den Inhaber bis jetzt nicht allein eine Uebereinstimmung sich noch nicht gebildet, sondern auch keine Auffassung eine allgemeinere Anerkennung erlangt. Dieß gilt insbesondere von der Frage nach der juristischen Natur dieser Obligationen, so wie nach dem Principe, auf welchem der Verkehr mit Inhaberpapieren beruht. Der Verfasser, dem nach genauer Prüfung keine der bisher aufgestellten Ansichten als haltbar oder ausreichend erschien, versuchte nach einer kurzen Zusammenstellung und Würdigung derselben eine neue Begründung des wichtigen Instituts, welche dahin gieng, daß die Obligationen auf den Inhaber ihrem Wesen nach nichts Eigenthümliches darböten, indem sie vielmehr Obligationen zwischen zwei bestimmten Personen seyen, daß aber durch die Stellung der Schuldverschreibung an den Inhaber eine Singular-Succession in das Forderungsrecht, und zwar mittelst Succession in das Eigenthum am Papiere, ermöglicht sey.

Seit dem Erscheinen des betreffenden Aufsatzes (Zeitschrift für deutsches Recht, Bd. XIV. 1853. S. 315 ff.) veröffentlichte Untersuchungen haben aber nicht allein Bedenken gegen die daselbst entwickelte Ansicht geäußert, sondern auch zwei neue Versuche einer civilistischen Construction des Wesens der Inhaber-Papiere gebracht, wir meinen diejenigen Ihering's und Unger's. Diese Versuche darzulegen und zu prüfen, so wie auch

das Princip der Singular-Succession einer nochmaligen Betrachtung zu unterwerfen, ist nun der Zweck der nachstehenden Zeilen.

§. 1.

Die Ansicht Ihering's.

Ihering (in den Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, Bd. I. S. 49 und Note 20) erblickt in dem Inhaberpapiere nur das rechtlich gesicherte Mittel zur Begründung einer Obligation. Der Inhaber des Papiers, meint er, befindet sich zur Obligation in derselben rechtlichen Lage, wie der Delat zur Erbschaft, beide haben das Recht (durch Präsentation, Antretung) die Erbschaft zu erwerben, nur daß dieses Recht in dem einen Falle übertragbar, im andern Fall unübertragbar ist. Wie es jedoch bei den Römern ein Mittel gab, die Erbschaft, wenigstens die testamentarische, schlechthin übertragbar zu machen, nämlich dadurch, daß man statt des Erben dessen Sklaven einsetzte, so böten hierzu die Papiere auf den Inhaber ein passendes Seitenstück dar. In beiden Fällen handle es sich nämlich um eine durch die Sache (Sklave, Papier) ihrem Inhaber gewährte und mithin mit ihr übertragbare Möglichkeit, ein gewisses Rechtsverhältniß beliebig und jeder Zeit zu begründen. Ob man vor der Präsentation bereits eine Obligation als vorhanden annehme oder nicht, sey praktisch nicht vom geringsten Einfluß. Denn wolle der Inhaber dem Schuldner gegenüber seinen Anspruch erheben, so entstehe ja auch sofort die Obligation. Um aber das Papier zu verkaufen, zu verpfänden und selbst, so weit dieß möglich, zu vindiciren, sey die Annahme einer bereits vorhandenen Obligation keineswegs erforderlich. So wenig wie der Eigenthümer des Sklaven bei dem bezeichneten Verhältnisse, wenn er jenen vindicirte, damit juristisch die Erbschaft vindicirte, ungeachtet ihm diese Vindication mittelbar das Recht auf die Erbschaft sicherte, ebenso wenig dürfe man in der Vindication des Papiers auf den Inhaber juristisch eine Vindication der Obligation finden. Der einzige Unterschied beider Verhältnisse, der aber der Vergleichbarkeit beider nicht im Weg stehe, liege darin, daß die Erwerbsmöglichkeit in dem einen Falle an das Eigenthum, in dem andern an das Innehaben der Sache geknüpft sey.

So weit Ihering, dessen Auffassung kaum eine andere Bedeutung als die der Originalität zugesprochen werden dürfte. Denn hat dieser Schriftsteller zwar nur „den Kern seiner Ansicht" angegeben, und dieselbe weder ausgeführt noch begründet, so dürfte sich schon jetzt deren völlige Unhaltbarkeit herausstellen.

Vorerst läßt sich nicht einsehen, warum der Erwerber eines Papiers, in welchem der Aussteller dem Inhaber eine gegebene Summe zu schulden bekennt, mit der Innehabung dieses Scheins kein Forderungsrecht, sondern nur das rechtlich gesicherte Mittel für die Begründung eines solchen erwerben sollte. Sowohl der Inhalt des Inhaberpapiers als auch die Intention der mit solchen Urkunden Verkehrenden weisen darauf hin, daß mit der Begebung eines solchen Scheins, falls sie nicht etwa nullius momenti seyn sollte, eine Obligation zu Gunsten des Nehmers begründet wird. Warum aber ferner der Präsentation des Papiers die ihr von Ihering vindicirte Bedeutung zukommen soll, ist ebenso unbegreiflich, da die Analogie der Erbschaftsantretung augenscheinlich nicht paßt. Mit dieser letztern wird der Wille erklärt auf die erfolgte Delation Erbe zu werden; der Wille Gläubiger zu seyn dagegen ist offenbar schon beim Nehmen des Papiers vorhanden, und wird durch dieses Nehmen kundgegeben, währenddem die Präsentation, d. h. die Vorzeigung des Papiers ihrer Natur nach zu andern Zwecken geschieht. — Daß es endlich praktisch ohne Einfluß sey, ob man vor der Präsentation bereits eine Obligation als vorhanden annehme oder nicht, ist eine Behauptung, die auf einem gänzlichen Verkennen der hier in Betracht kommenden Verhältnisse beruht. Denn einmal ist das Datum des für die Obligation bestellten Pfandes, wie Ihering selbst zugibt, nicht der Tag der Präsentation des Papiers, sondern der Tag der Ausstellung, während das Pfandrecht die Existenz einer Forderung voraussetzt. Dann laufen bei verzinslichen Obligationen auf den Inhaber die Zinsen vor der Präsentation, während Ihering's Ansicht zur Annahme führt, es sey die Zinsforderung durch die Präsentation des Zinscoupons begründet, bevor die zinstragende Obligation durch Vorzeigung des Hauptschuldscheins entstanden!

§. 2.

Die Ansicht Unger's.

Ist das Princip, von welchem Unger (die rechtliche Natur der Inhaberpapiere, Leipz. 1857) ausgeht, daß nämlich die Obligationen auf den Inhaber formaler Art seyen, vor ihm bereits durch Andere ausgesprochen worden *), so hat er doch zuerst dasselbe zu begründen und fruchtbar zu machen versucht, und zwar mit einer Gründlichkeit und civilistischen Eleganz, welche zu einem nähern Eingehen auf dessen Ausführungen auffordert.

Indem Unger von der Erörterung des Wesens der formellen Verträge ausgeht (S. 64 flg.), betrachtet er als solche für das heutige Recht diejenigen, bei welchen die Parteien mit Bewußtseyn und absichtlich das obligatorische Verhältniß von seiner causa isoliren. Daß nun der Wille auch heutzutage die Fähigkeit habe, die Verbindung des obligatorischen Versprechens mit der causa aufzuheben und das einfache Versprechen isolirt zu einem selbstständigen Vertrage zu erheben, unterliege keinem Zweifel. Was bei den Römern der Wille im Wege der Formalcontracte gekonnt, vermöge heute nicht weniger der von Formen entfesselte Wille. Nur finde zwischen dem römischen und dem heutigen Rechte folgender praktisch wichtige Unterschied statt. Im römischen Rechte sey mit der Form der Stipulation das allgemein anwendbare Mittel gegeben gewesen von der causa zu abstrahiren; bei uns dagegen bedürfe es einer besondern Thätigkeit der Parteien um das Versprechen aus der naturgemäßen Verbindung mit seiner causa loszulösen, um die Isolirung des Versprechens von seinem Rechtsgrunde zu bewerkstelligen und ein abstractes Forderungsrecht zu begründen. Als ein besonders taugliches Mittel zur Erreichung dieses Zweckes erscheine nun die Schrift. Wo die Schrift zu dem Zwecke benützt worden, um die beabsichtigte Isolirung des Versprechens von seiner causa zu vollziehen, da sey ein Literalcon-

---

*) Kuntze, Die Obligation und die Singular-Succession des römischen und heutigen Rechts, S. 255 ff.; Hoffmann im Archiv f. deutsches Wechselrecht, Bd. V. S. 257 ff., welcher letztere Schriftsteller übrigens ohne Grund die Anwendnng der Papiere au porteur auf Geldversprechen beschränkt.

tract des modernen Rechts vorhanden, ein schriftlicher Formalvertrag, aus dem eine formelle Obligation, eine streng einseitige Verpflichtung und ein abstractes Forderungsrecht hervorgehe.

Ein derartiger Vertrag sey nun der Wechselvertrag; allein nicht bloß dieser, sondern es seyen überhaupt die Inhaber- und Ordre-Papiere als die Literalcontracte des modernen Rechts zu betrachten (S. 85), von denen der Wechsel eine Species bilde (S. 88).

Unger führt dieß mit folgenden Sätzen näher aus.

Die Schrift sey bei jenen Papieren nicht etwa wie sonst bloß der Beweis einer außerhalb derselben bestehenden Obligation, sondern vielmehr Entstehungsgrund der Obligation. Derjenige, welcher das Inhaber- oder Ordrepapier ausgestellt habe, sey lediglich aus dem Grunde verpflichtet das darin Versprochene zu leisten, weil er schriftlich zu leisten versprochen habe (scriptura obligatur, literis obligatur.) (S. 86).

Sey nun die Ausstellung eines Ordre- oder Inhaberpapiers nichts anderes als die sua vi ac potestate wirkende Constituirung eines nomen (S. 94 ff.), so könne die juristische Veranlassung dieser Constituirung eine eben so mannichfaltige seyn als es die causa bei Vermögenszuwendungen überhaupt seyn könne. Es könne ein Ordre- oder Inhaberpapier donandi oder solvendi oder dotis constituendae causa u. s. w. ausgestellt werden.

Insbesondere komme es aber häufig vor, daß der Nehmer des Papiers Geld gebe um dafür als Gegenleistung das abstracte Forderungsrecht zu erhalten; hier stelle sich dann die Vorleistung des Geldes als ein dare ob causam dar. Es liege hier also nicht ein einfaches Geschäft vor, sondern es löse sich das Geschäft in zwei abstracte Vermögenszuwendungen auf: in das Geben von Geld und in das Gewähren eines Forderungsrechts. So verhalte es sich z. B. wenn jemand ein Gelddarlehen aufnehmen wolle und über das Darlehen nicht eine gewöhnliche als Beweismittel dienende Schuldurkunde, sondern eine Obligation au porteur (oder auf Namen an Ordre) ausstelle. Hier verliere die Hingabe des Geldes die Function eine Darlehensobligation zu begründen; sie erfolge nicht credendi causa, sondern ob causam, als Gegenleistung für die Constituirung des nomen, sowie umgekehrt gegen Geld das abstracte Schuldversprechen gegeben werde.

Der Literalcontract aber, aus welchem die Obligation au porteur hervorgehe, werde zwischen Geber und Nehmer des Papiers geschlossen (S. 102 ff.). So wenig wie beim Wechsel, sey bei dem Inhaber- oder Ordrepapiere überhaupt ein einseitiges Versprechen in der Luft vorhanden, sondern es liege ein Contract zwischen zwei bestimmten Personen vor, von denen die eine ein abstractes Versprechen mache, die andere es annehme. Der Literal-Contract komme aber zwischen Schuldner und Gläubiger durch das Geben und Nehmen des Papiers zu Stande (S. 107).

Dieß die Ausführung Unger's über die juristische Natur der Obligationen auf den Inhaber (und an Ordre), welche vorerst geprüft werden soll.

Indem wir die Frage auf sich beruhen lassen, ob der von diesem Schriftsteller für das heutige Recht angenommene Begriff des formellen Vertrags der richtige ist, halten wir zunächst dessen Behauptung für unrichtig, daß, was bei den Römern der Wille im Wege der Formalcontracte gekonnt, heutzutage nicht weniger der von Formen entfesselte Wille vermöge, daß also nach heutigem Rechte die Parteien in jeder beliebigen Form ein abstractes von jeder materiellen causa debendi abgelöstes Forderungsrecht begründen können, wenn nur deren Intention dahin geht und sich aus der von ihnen gewählten Form ergibt. Vielmehr scheint uns daraus, daß wir Formalcontracte im Sinne der Römer nicht haben, zu folgen, daß heutzutage ein abstractes Schuldversprechen unwirksam ist, wenn es nicht mittelst eines im heutigen Rechte anerkannten Formalcontracts gegeben worden, — zu welchen formellen Verträgen wir aber mit der communis opinio nur die Wechselverträge zählen *).

Stellen wir uns jedoch für einen Augenblick auf den Standpunkt Unger's, nehmen wir mit ihm an, daß heutzutage die Parteien in jeder beliebigen Form das von der einen gegebene, von der andern angenommene Versprechen von seiner materiellen causa isoliren können, daß „die Untersuchung daher immer nur dahin zu gehen hat, ob die Parteien in der That den Willen gehabt haben, ein abstractes nomen zu constituiren", so müssen wir auch von diesem Principe aus die von jenem Schriftsteller

*) Thöl, Handelsrecht. II. §. 181.

aufgestellte Ansicht über das Wesen der Obligationen auf den Inhaber für ungegründet erachten.

Zunächst hat Unger seine Behauptung, die Inhaber- und Ordrepapiere seyen als die Literalcontracte des modernen Rechts zu betrachten, nicht allein nicht erwiesen, sondern nur in sehr mangelhafter Weise zu begründen versucht.

Unger geht von dem Satze aus (S. 69), daß die Schrift als ein dazu besonders taugliches Mittel im heutigen Recht vielfach benutzt werde, um die beabsichtigte Isolirung des Versprechens von seiner causa zu vollziehen. Da nun — sollte dieser Satz auch richtig seyn — aus demselben nicht folgt, daß die Schrift die ihr vindicirte mögliche Bedeutung bei Ordre- und Inhaberpapieren in Wirklichkeit auch habe, so war dieß vor allem durch Unger darzuthun.

Sehen wir nun, in welcher Weise er dieß versucht hat.

Nach der richtigen, von der überwiegenden Mehrheit der heutigen Schriftsteller getheilten Ansicht, meint Unger, S. 70 ff., sind die Wechselverbindlichkeiten formelle Obligationen, ist der Wechselvertrag ein formeller Contract, und dasselbe gilt auch von den Obligationen aus kaufmännischen Anweisungen. Die Fähigkeit des Willens aber, das einfache obligatorische Versprechen isolirt von seiner causa zu einer selbständigen Obligation zu erheben, ist nicht auf jene zwei Fälle restringirt (S. 85 ff.); der Wille kann sich vielmehr überhaupt der Schrift zu dem gleichen Zwecke bedienen. Das Bedürfniß des modernen Verkehrs Obligationen zu haben, welche über den Kreis der ursprünglichen Constituenten hinausreichen und an der allgemeinen Circulation der Vermögenswerthe gleich den Sachen und insbesondere gleich dem Gelde theilzunehmen im Stande sind, hat zu einer immer mehr um sich greifenden Anwendung der Schrift zu jenem Zwecke geführt, und ein Rechtsinstitut entwickelt, welches auf dem Princip der Erhebung des einfachen isolirten Versprechens zu einer selbständigen Obligation beruht. Dieß Rechtsinstitut ist das Institut der Ordre- und Inhaberpapiere, von denen die Wechsel und kaufmännischen Anweisungen nur eine besondere species bilden.

Wir glauben es ist nicht schwer die Unschlüssigkeit dieser Ausführung zu zeigen. Geben wir zunächst zu, daß die Wechselverbindlichkeiten formelle Obligationen sind, so verschlägt dieß für

die Unger obliegende Beweisführung nichts. Denn mit dem Wechselvertrage ist, — in ähnlicher Weise wie bei den Römern mit der Stipulation — das allgemein anwendbare Mittel gegeben von der causa zu abstrahiren, sobald es sich nur um das Versprechen einer Geldsumme handelt, von Unger aber nicht dargethan worden, daß diese Bedeutung des Wechselvertrags mit der Form des Wechselbriefs als Ordre- oder Inhaberpapier zusammenhänge. Gesetzt aber die Fähigkeit des Willens, das einfache obligatorische Versprechen isolirt von seiner causa zu einer selbständigen Obligation zu erheben, sey nicht auf Wechsel und kaufmännische Anweisungen beschränkt, so folgt daraus nicht, daß der Wille von dieser seiner Fähigkeit in der Ausstellung anderer Ordre- und Inhaberpapiere wirklich Gebrauch mache. In dieser Hinsicht finden wir bei Unger eine bloße Behauptung, daß es sich so verhalte, und nicht einmal den Versuch einer Beweisführung, wenn man einen solchen nicht etwa in der Bemerkung erblickt, daß Wechsel und kaufmännische Anweisungen nur eine besondere Species der Ordre- und Inhaberpapiere bilden, und jenem Schriftsteller nicht den Fehlschluß unterlegt, daß dasjenige, was von der Species gelte, auch von der Gattung gelten müsse.

Untersuchen wir nun, was Unger unterlassen, ob die Form der Inhaber- und Ordrepapiere auf die Intention der Parteien hindeutet, mittelst derselben ein abstractes Forderungsrecht zu begründen, so muß vorerst in Abrede gestellt werden, daß in der Fassung einer Schrift „an die Ordre" oder „an den Inhaber", überhaupt als Ordre- oder Inhaberpapier irgend eine Hinweisung auf eine derartige Absicht des Ausstellers, resp. Gebers und Nehmers läge, daß mit andern Worten darin die besondere Thätigkeit der Parteien zu finden wäre, welche nach Unger heutigen Tags nöthig seyn soll, um die Isolirung des Versprechens von seinem Rechtsgrunde zu bewerkstelligen. Denn es stehen die Worte „an die Ordre", „an den Inhaber" u. s. w. an sich in keiner Beziehung zur causa *), indem sie sich vielmehr auf die Person des Forderungsberechtigten beziehen.

---

*) Mein Auff. in der Zeitschr. f. deutsches Recht, Bd. XIV S. 334 ff. S. auch Bluntschli, Deutsch. Privatrecht. §. 117. 1.

Allein auch die weitere Fassung der Inhaberpapiere, — auf welche sich die folgende Untersuchung beschränken soll — weist bei den meisten derselben, und zwar den für den Verkehr wichtigsten, nicht allein auf eine Absicht der Parteien, das Versprechen aus seiner naturgemäßen Verbindung mit seiner causa loszulösen, nicht hin, sondern deutet vielmehr unsers Erachtens durch die ausdrückliche Erwähnung des Rechtsgrundes des Versprechens in der Urkunde entschieden auf das Gegentheil.

Wenn ein Staatspapier auf den Inhaber z. B. dahin lautet:

„Die unterzeichnete Casse ist dem Inhaber dieser Obli-
„gation ein Darlehen von 500 fl. im $24\frac{1}{2}$ fl.-Fuß
„schuldig geworden u. s. w. . . ."

so kann man doch mit einigem Grunde nicht behaupten, daß die Form einer solchen Schrift die Absicht der Parteien, ein abstractes Forderungsrecht zu begründen, bekunde; und dasselbe gilt von einer Urkunde auf den Inhaber, die lautet:

„Die deutsche Lebensversicherungs-Gesellschaft in Lübeck
„versichert hierdurch das Leben der Frau . . . für 1000
„Thlr. C. unter der Bedingung, daß die festgesetzte Prämie
„jährlich mit 23 Thlr. am 11. Tage des Monats März
„pünktlich bezahlt werde . . . . und verpflichtet sich, nach-
„dem die gehörige Bescheinigung des Todes der genannten
„Versicherten übergeben seyn wird, an den Inhaber dieser
„Police die volle versicherte Summe baar und ohne
„Abtrag zu bezahlen."

Man kann sich hiergegen darauf nicht berufen, daß nach römischem Rechte die causa in die Stipulationsformel aufgenommen werden konnte „rem meam mihi restitui" „pecuniam creditam stipulari", ohne daß das Versprechen seine abstracte Geltung verloren hätte *). Denn es war eben die Stipulation eine rechtlich anerkannte Form zur Begründung eines abstracten Forderungsrechtes, wie es bei uns der Wechselvertrag ist, der diese seine Bedeutung dadurch nicht verliert, daß auf dem Wechselbrief eine wenn auch specielle Bezeichnung des Valuten-Verhältnisses geschrieben steht **). Daß dagegen die Angabe der materiellen causa

*) Gneist, Die formellen Verträge, S. 141.

**) Mein Lehrb. des Wechselrechts. §. 17. Note 9.

debendi in einer Urkunde eine ganz andere Bedeutung erhält, wenn es sich darum handelt aus dem Gebrauche der Schrift auf die Intention der Parteien, ein abstractes oder nicht abstractes Forderungsrecht zu begründen, zu schließen, bedarf keiner weitern Auseinandersetzung.

Allerdings kommen im Verkehr Papiere auf den Inhaber (oder an Ordre) vor, in denen, wie z. B. in Bons und Platzbillets *), jede Bezugnahme auf eine materielle causa debendi fehlt. Ob aber ein solcher Schein — „Gut für 1000 fl. Wiener Währung in 3 Tagen zahlbar. N. N." — eine andere als eine thatsächliche Bedeutung beanspruchen könne, ob er mit andern Worten zur gerichtlichen Begründung eines Forderungsrechts nach gemeinem Rechte genügen dürfte, ist keineswegs unzweifelhaft, und diese Erscheinung sonach ungeeignet die Grundlage für die Construirung des civilistischen Wesens der Papiere auf den Inhaber abzugeben.

Freilich zählt Unger (S. 95 ff.) nach dem Vorgange Anderer **) weitere Papiere auf den Inhaber auf, welche, wie Eisenbahn-, Theater-, Concertbillete u. s. w., keinerlei Bezugnahme auf eine causa debendi enthalten, und doch eine unbestrittene rechtliche Wirksamkeit haben. Auch scheint gerade die Betrachtung dieser Papiere nicht ohne bedeutenden Einfluß auf seine Theorie geblieben zu seyn, wenn er sagt daß die Eisenbahn-Unternehmung, wenn auf einer Station ein Billet gelöst werde, für das gegebene Geld das abstracte Versprechen leiste den Inhaber des Billets zu fördern, und daß das Verhältniß in gleicher Weise aufzufassen sey, wenn jemand ein Geldanlehen aufnehmen wolle und über das empfangene Darlehen ein Papier auf den Inhaber ausstelle. — Allein es ist diese Auffassung unseres Erachtens eine durchaus irrige, so wie überhaupt die Zusammenstellung der zuletzt genannten und ähnlicher Urkunden mit Staatsobligationen, Pfandbriefen, Versicherungs-Policen u. s. w. — Eisenbahn-, Theater-, Concertbillete sind Quittungen, Staatsobligationen, Pfandbriefe, Versicherungs-Policen sind dieß nicht ***), mag übrigens sonst deren juristischer Charakter noch

*) Thöl, II. §. 274.

**) Thöl, I. §. 54 a.

***) Sie können, wie z. B. eine Police, mit eine Quittung enthalten.

so bestritten seyn; und es ist schon deßhalb die Behauptung falsch *), daß die rechtliche Beurtheilung aller dieser Urkunden die nämliche sey. Wer bei einer Beförderungsanstalt oder Theatercasse den Preis eines Platzes bezahlt, pränumerirt den Miethpreis dieses Platzes, und erhält dafür in dem Post-, Eisenbahn- oder Theaterbillet eine Quittung. Diese Quittung, welche bald auf den Namen des Miethers und Vorausbezahlers gestellt ist, — so z. B. bei Postbilleten — bald aber auch nicht, wo, wie bei Eisenbahn- und Theatercassen, die Art und der Umfang des Geschäftsbetriebs eine solche Fassung als unbequem und thatsächlich beinahe unmöglich erscheinen ließe, legitimirt den Miether zur Benutzung dieses Platzes in eigener Person oder durch einen Andern. Von der Anstalt also, welche das Billet ausgegeben, kann man nicht mit Unger sagen „scriptura obligatur"; sie ist obligirt durch den Abschluß des Miethvertrages, welcher mit der durch solche Anstalten verlangten Vorausbezahlung des Preises perfect geworden ist. Das Billet ist Beweismittel für diese Vorauszahlung, welche erforderlich ist um zum Genusse des Platzes zugelassen zu werden; es ist aber nicht das einzige hier zuläßige Beweismittel, so wie auch dessen Fassung auf Namen oder ohne Namen rechtlich irrelevant ist.

Wir fassen das Ergebniß dieser Erörterungen zusammen:

Der Grundsatz, daß heutzutage die Parteien in jeder beliebigen Form ein abstractes Forderungsrecht begründen können, ist unrichtig.

Gesetzt aber es hätte derselbe seine Richtigkeit, so weist die Fassung einer Urkunde als Papier auf den Inhaber in keiner Weise darauf hin, daß die Parteien, welche sich derselben bedient, die Absicht hatten das in der Schrift enthaltene Versprechen von seinem Rechtsgrunde loszulösen.

Auch die sonstige Fassung endlich der ein Schuldversprechen enthaltenden Scheine au porteur weist in den meisten und für den Verkehr wichtigsten Fällen nicht auf eine solche Intention hin, da daselbst die Rechtsursache der Schuld bezeichnet ist.

Allein es steht der hier bekämpften Auffassung noch ein weiteres Bedenken entgegen, nämlich die sich daraus unmittelbar ergebende unhaltbare Consequenz.

*) Nämlich Thöl's, I. S. 221. Note 2.

Diese Folge ist die, daß alle Obligationen auf den Inhaber (oder an Ordre) dieselbe rechtliche Natur haben, indem sie alle aus einem Formalcontracte, dessen Form Geben und Nehmen des Papiers ist, entstehen, alle streng einseitige Obligationen und Verbindlichkeiten aus einem abstracten Schuldversprechen sind.

Dieß erkennt auch Unger S. 88 ff. an, indem er jedoch die Wechsel als eine besondere Species der Ordre- und Inhaberpapiere hervorhebt, was ihn dann nöthigt die Besonderheiten dieser Species festzustellen.

Er findet dieselben einmal in der Form, indem zur Begründung einer Wechselobligation eine das Wort Wechsel enthaltende Urkunde nöthig sey; dann in dem Inhalte, weil das Wechselversprechen immer nur auf das Geben einer Geldsumme gehen könne; und endlich in dem processualischen Verfahren, zu welchem insbesondere die Wechselhaft gehöre.

Von diesen drei Eigenthümlichkeiten, durch welche allein sich angeblich die Wechselobligation von andern Ordre- und Inhaber-Obligationen unterscheidet, ist es nun offenbar bloß die dritte, die sich als eine für den Gläubiger vortheilhafte darstellt. Nach Unger's Auffassung gäbe sonach die Wahl der strengern äußern Wechselform mit ihrer beschränkten Anwendbarkeit auf Geldzahlungs-Versprechen dem Gläubiger vor andern Ordre- und Inhaber-Obligationen nur processualische Vortheile voraus, d. h. abgesehen von der Wechselhaft, die Befugniß seine Forderung im Wechselproeesse geltend zu machen. Da nun nach gemeinem Rechte der sog. Wechselproceß keine andere Proceßart als der Executivproceß ist, dessen Anwendbarkeit für die Einklagung anderer schriftlicher abstracter Forderungsrechte nicht zu bezweifeln ist, so bliebe hiernach als einziger Vortheil, den eine Wechselforderung vor irgend einer andern Forderung aus einem Ordre- oder Inhaberpapiere dem Gläubiger darböte, der Wechselarrest, welcher jedoch nach gemeinem Rechte wie nach der D.-W.-O. in manchen Fällen nicht stattfindet, ja particularrechtlich nicht einmal als Regel vorkömmt *).

Kaum dürfte aber, wäre Unger's Theorie richtig, der Wechsel die Bedeutnng und Verbreitung haben, die ihm im heutigen Ver-

*) Mein Lehrb. des Wechselrechts. §. 21.

kehre zukömmt, da es thöricht seyn würde zur Erlangung einer in vielen Fällen doch nicht zulässigen Wechselhaft die schwierige und wegen leicht eintretender Ungültigkeit gefährliche Form der Wechselobligation zu wählen, so wie auch sein Forderungsrecht der Kürze der Wechselverjährung auszusetzen.

Spricht schon dieses Moment gegen Unger's Auffassung, so ist, abgesehen hiervon, die daraus sich ergebende Consequenz, daß alle Obligationen auf den Inhaber (und an Ordre) als streng einseitige von ihrer causa abgelöste Verbindlichkeiten die nämliche rechtliche Natur haben, eben so und aus ähnlichen Gründen wie die mit ihr verwandte Meinung, welche in den au porteur lautenden Schuldscheinen Papiergeld erblickt *), unhaltbar.

Ein Blick auf die Praxis zeigt dieß zur Evidenz.

Nehmen wir z. B. eine Lebensversicherungs-Police, so müßte man nach der hier in Frage stehenden Ansicht von der Versicherungs-Anstalt, welche die Urkunde ausgestellt und begeben, sagen „literis obligata est"; man müßte also den Versicherer als durch ein abstractes Schuldversprechen zur Zahlung der in der Police bezeichneten Summe verpflichtet erachten, freilich nur unter der in der Police gestellten Bedingung des Nachweises des Todes der versicherten Person, so wie pünktlicher Zahlung der Prämie. Es läge hier also ein abstractes, wiewohl bedingtes oder betagtes Schuldversprechen vor, seinem Wesen nach nicht verschieden von einer bedingten oder betagten Wechselschuld, oder von einer in Folge eines Darlehens oder donandi causa mittelst einer Urkunde auf den Inhaber übernommenen bedingten oder betagten Schuld. Folgeweise also könnte der auf Zahlung der in der Police versprochenen Summe beklagte Versicherer der Klage Einwendungen aus dem Wesen des Versicherungsgeschäftes nicht entgegensetzen; wie z. B. daß die Gesundheitszustände des Versicherten bei Ausstellung der Police unrichtig angegeben worden, oder daß der Versicherte die Gefahr, die ihm das Leben gekostet, vergrößert oder herbeigeführt und a. d. m., indem derartige Einreden nur einer Forderung aus einem Versicherungsgeschäfte, nicht aber einem abstracten Forderungsrechte entgegenstehen. — Da es nun aber

*) Mein Aufsatz in der Zeitschr. f. deutsch. Recht. Bd. XIV. S. 325.

unzweifelhaften Rechtens ist, daß der Klage aus einer Inhaber-Police Einreden, welche aus dem Wesen des Versicherungsvertrags hergenommen, entgegengesetzt werden können, so folgt hieraus, daß die Obligation des Versicherers, ungeachtet der Ausstellung eines au porteur lautenden Scheins, keine streng einseitige und abstracte, mit anderen Worten keine von ihrer causa abgelöste ist, so wie überhaupt, daß nicht alle Obligationen aus Inhaber- (und Ordre-) Papieren dieselbe rechtliche Natur haben, nämlich formelle Verbindlichkeiten sind.

Dem hier gemachten Einwande begegnet freilich Unger (S. 150 flg.) durch Berufung auf die Stipulation, gegen welche die exceptio doli stattgefunden habe.

Die Obligationen aus Ordre- und Inhaberpapieren, sagt er, sind formeller Natur, d. h. sie sind abgelöst von der materiellen causa, in ihrer Entstehung und Existenz unabhängig von dem sie veranlassenden Geschäfte. Dennoch übt der Bestand des materiellen Verhältnisses auf die Wirksamkeit der Obligation den wichtigsten Einfluß aus; der natürliche Zusammenhang der Obligation mit ihrer causa wird auf indirectem Wege dadurch hergestellt, daß die Obligation aus Mangel der causa anfechtbar ist; das dem Formalcontract unterliegende materielle Verhältniß gelangt auf diesem Wege wieder zu der ihm gebührenden Berücksichtigung.

Allerdings konnte nun der Klage aus der Stipulation die exceptio doli entgegengesetzt werden, wegen causa futura non secuta,

„velut si stipulatus sim a te pecuniam tanquam credendi causa numeraturus, neque numeraverim"

Gaj. IV. §. 116.

oder wegen fehlender causa antecedens,

„si pecuniam, quam me tibi debere existimabam, jussu tuo spoponderim"

l. 7 pr D. de doli mali except. (44, 4.),

oder wegen turpis causa,

l. 8 pr. D. de condict. ob turp. v. inj. caus. (12, 5),

sowie auch wenn einer

„*metu coactus* aut *dolo inductus,* aut errore lapsus... *quod non debuerat*" — promittirt hatte.

§. 1 J. de except. (4, 13.)

Dagegen finden wir nirgends die exceptio doli gegenüber der actio ex stipulatu in der Art zugelassen, daß sie aus den Eigenthümlichkeiten eines anderen Contracts, auf dessen Grund der eine Contrahent sich stipulationsweise obligirt, hätte begründet werden können; wie z. B. daß ein Käufer die Klage aus der Stipulation, mittelst welcher er den Kaufpreis promittirt, mit der exceptio non adimpleti contractus zu impugniren vermocht hätte [1]).

Die Analogie der Stipulation würde hiernach, auf die angeblich formalen Obligationen aus Papieren auf den Inhaber angewendet, ergeben, daß der beklagte Aussteller der Klage entgegensetzen könne, er habe die für die Begebung des Papieres versprochene Gegenleistung nicht erhalten, oder dasjenige nicht geschuldet, wofür er den Schein ausgestellt, oder er sey zu dessen Ausstellung direct durch metus oder dolus gebracht worden [2]), keineswegs aber, daß er sein abstractes Zahlungsversprechen allgemein mittelst einer aus dem demselben unterliegenden materiellen Verhältnisse hergenommenen Einrede elidiren könnte. Allein auch die Analogie der Stipulation scheint uns hier unpassend. Man darf nämlich nicht außer Acht lassen, daß die Tendenz des neuern römischen Rechts dahin gieng, den Formalismus der Contracte abzustreifen, zu welchem Zwecke die ausgedehnte Zulassung der exceptio doli stattfand. Im heutigen Rechte dagegen, welches vom Princip der Formlosigkeit der Verträge ausgeht, kann von einem solchen Streben, von dieser Bedeutung der exceptio doli nicht die Rede seyn. Kennt das heutige Recht Formalcontracte, so sind dieselben zu dem Zwecke ausgebildet worden, um den Inconvenienzen aus dem Grundsatze der Formlosigkeit für gewisse Seiten des Verkehrs zu steuern, und es geht demnach die Tendenz des modernen Rechts auf ein strengeres Festhalten des formellen Charakters der von ihm anerkannten Formalcontracte, als dieß im neueren römischen Rechte bei der Stipulation der Fall war. Die Geschichte des Wechsels, welcher von einem ursprünglich formlosen Geschäfte sich in ein formelles umwandelte [3]), bei dem der streng formelle Cha-

---

[1]) Bluntschli D. W. O. S. 6.

[2]) Thöl II. §. 298 a E.

[3]) Mein Lehrb. d. Wechselr., §. 2. — Biener, im Arch. f. d. Wechselr. Bd. V. S. 241 flg.

rakter immer mehr und mehr hervortrat, beweist das Gesagte zur Genüge.

Ist aber die analoge Anwendung der Grundsätze über die exceptio doli bei der Stipulation auf die Formalcontracte des heutigen Rechts unanwendbar, so beweisen die gegen Obligationen aus Inhaber-Papieren entschieden zugelassenen Einreden, daß jene keine formellen Verbindlichkeiten sind.

So wenig wir uns mit Unger's Auffassung der juristischen Natur der Obligationen auf den Inhaber einverstanden erklären konnten, ebensowenig können wir das von ihm für den Verkehr mit Inhaber- (und Ordre-) Papieren angenommene Princip für das richtige erachten.

Dieses Princip soll die Novation, und zwar Delegation seyn, was Unger (S. 111 flg.) in folgender Weise ausführt:

„Wenn A dem B ein Inhaber- (oder Ordre-) Papier ausstelle, so liege darin ein doppeltes Versprechen: einmal das abstracte Versprechen dem B zu leisten, zugleich aber auch das Versprechen, daß der Schuldner mit der von B zu bezeichnenden Person den novirenden Vertrag abschließen werde, durch welchen die Delegation zu Stande komme. Schließe nun A mit der von B bezeichneten Person, dem Delegatar C, den novirenden Vertrag ab, so enthalte dieser Vertrag wieder nebst dem abstracten Leistungsversprechen auch noch das Versprechen in sich, mit der von C zu bezeichnenden Person den novirenden Vertrag abzuschließen. Auf diese Weise löse sich der ganze Vorgang in eine Reihe von aufeinanderfolgenden Delegationen auf, wobei der Schuldner mit dem jedesmaligen Delegatar einen neuen Formalvertrag abschließe.

Solle jedoch dasjenige, was die Parteien mit der Ausstellung von Inhaber- (oder Ordre-) Papieren bezweckten, vollständig erreicht werden, so müsse eine fernere jedesmalige Mitwirkung des Schuldners überflüssig, die Uebertragung der Forderung von einem Gläubiger auf den anderen durch die Thätigkeit dieser beiden Parteien allein zu Stande gebracht werden. Das Mittel zu dieser freien Behandlung biete aber die Stellvertretung. Den Grundsätzen der Stellvertretung zufolge sey es nicht nothwendig daß der in die Delegation einwilligende Schuldner den novirenden Vertrag selbst abschließe, er könne dieß durch einen Stellvertreter thun;

dieser Stellvertreter sey der jedesmalige Delegant. In der Ausstellung eines Inhaber- (oder Ordre-) Papiers liege sonach ein dreifaches: ein abstractes Leistungsversprechen an den Nehmer des Papiers; das sich fortpflanzende Versprechen dem vom jeweiligen Gläubiger bezeichneten Delegatar zu promittiren, endlich die Ertheilung einer sich fortpflanzenden Vollmacht im Namen des Schuldners mit dem Dritten den novirenden Vertrag abzuschließen. In der Uebertragung eines solchen Papiers auf einen Dritten liege ein doppeltes: die Erklärung der Einwilligung des Deleganten in die Delegation und zugleich der Abschluß des die Delegation perficirenden novirenden Vertrags durch den Deleganten im Namen des Delegaten.

Die schriftliche Beurkundung der geschehenen Delegation aber falle bei Inhaber-Papieren hinweg; die Delegation vollziehe sich formlos durch das Geben und Nehmen des Papiers."

Also der Aussteller eines Papiers auf den Inhaber gibt dem ersten Nehmer desselben nicht allein ein abstractes Schuldversprechen, sondern er verspricht mit dem von diesem zu bezeichnenden Delegatar den novirenden Vertrag abzuschließen, ja er gibt seinem Nehmer zugleich die Vollmacht ihn bei dieser Vertragsschließung zu vertreten! Schon dieß ist sehr künstlich! Allein noch mehr das folgende. Der erste Nehmer des Papiers, der dasselbe weiter begibt, nimmt nicht bloß eine Delegation vor, sondern schließt im Namen und als Stellvertreter des debitor delegatus den novirenden Vertrag mit seinem Nehmer. Doch ist hiermit das Verhältniß noch nicht in erschöpfender Weise bezeichnet, und daher vom Standpunkte Unger's unrichtig, wenn derselbe S. 115 sagt, in der Uebertragung eines Inhaber-Papiers liege ein doppeltes, die Erklärung der Einwilligung des Deleganten in die Delegation, und zugleich der Abschluß des die Delegation perficirenden novirenden Vertrags durch den Deleganten im Namen des Delegaten. Hierauf kann sich offenbar die Thätigkeit des das Papier begebenden Nehmers nicht beschränken; vielmehr muß er Namens des Schuldners dem Delegatar versprechen, daß jener einen novirenden Vertrag mit dem von diesem weiter zu bezeichnenden Delegatar abschließen werde, und zugleich, immer Namens des Schuldners, seinen Delegatar zur Abschließung dieses Vertrags als Stellvertreter des Delegaten bevollmächtigen d. h. sich seinen Delegatar substituiren.

Wir bewegen uns hier augenscheinlich auf dem Gebiete der Fictionen, da wohl nie, — um nur Eines hervorzuheben, — der Nehmer eines Inhaber-Papiers bei dessen weiterer Begebung daran gedacht, daß er nicht allein für sich, sondern auch als Bevollmächtigter seines Schuldners handle, und Namens dieses diverse Versprechen gebe, sowie auch eine Vollmacht an seinen Nehmer ertheile. Fragen wir aber, was zur Annahme einer Stellvertretung ohne Wissen und Willen, daß man in fremdem Namen handle, berechtigt, so bringt Unger dafür nur ein angeblich-historisches Zeugniß bei. Er findet ein solches darin, daß vor dem Gebrauche der jetzt üblichen Indossamente statt des Giro's ein neuer Wechsel ausgestellt wurde, so daß statt mehrmaliger Indossirungen mehrere Wechsel vorlagen, deren ersten der Trassant, deren zweiten der Remittent u. s. w. ausgestellt hatte. Daß nun in dieser historischen Thatsache ein wichtiges Zeugniß für die Ansicht liegt, das Indossament enthalte ein trassirtes Wechselversprechen [1]), wird wohl niemand bezweifeln; wie aber damit irgend ein Beweis für die Meinung gegeben seyn sollte, das Indossament sey eine Novation, vermögen wir in der That nicht einzusehen.

Unseres Erachtens hat sonach Unger weder ein historisches Zeugniß für seine Ansicht beigebracht, noch kann er sich für dieselbe auf das Bewußtseyn und die Absicht der mit Inhaber-Papieren Verkehrenden berufen. Allein es steht dieser Auffassung noch ein weiteres Bedenken entgegen, nämlich die sich daraus ergebende Consequenz.

Erlischt die bei der ersten Begebung des Inhaber-Papieres begründete Obligation durch Novation, sobald das Papier an den zweiten Nehmer gelangt ist, so kann der Aussteller weder diesem noch einem weiteren Inhaber die exceptio doli aus der der Ausstellung der Urkunde zu Grunde liegenden causa entgegensetzen, selbst wenn diese Einrede durch den formalen Charakter der Obligation nicht ausgeschlossen seyn sollte. — Allein es ist diese Consequenz im entschiedensten Widerspruche mit einer feststehenden Praxis, welche z. B., wie wir schon früher bemerkten, jedwelchem

[1]) Liebe, die, D. W. O., S. 68.

Inhaber einer Lebensversicherungspolice die Einrede entgegenwirken läßt, daß die Gesundheitszustände des Versicherten nicht gehörig angegeben worden; und nie, wie Unger (S. 129 not. 4) von seinem Standpunkte aus consequent verlangt, vom Aussteller des Papiers, damit er dem klagenden Inhaber Einreden aus dem der Ausstellung unterliegenden Verhältnisse entgegensetzen könne, den Beweis fordert, daß der Kläger der erste Nehmer sey [1]).

§. 3.

Die Singular-Succession.

Die Cardinalfrage in der Lehre von den Obligationen auf den Inhaber ist diejenige nach dem civilistischen Principe für deren Uebertragung. Als solches denkbar und auch vertheidigt sind die Cession [2]), die Delegation und die Singular-Succession [3]).

Das natürlichste Bedenken gegen diese letztere, das einzige welches auch gegen dieselbe geltend gemacht worden [4]), ist, daß eine Singular-Succession dem Wesen der Obligation widerspreche, indem, wenn diese einmal zwischen individuell bestimmten Subjecten geknüpft sey, sie, ohne zerstört zu werden, von denselben nicht wieder getrennt werden könne.

---

[1]) Ungegründet ist es dagegen, wenn Sachße in der Zeitschr. für deutsches Recht Bd. XVII. S. 52 gegen die Annahme einer Novation geltend macht, daß durch eine solche die bereits fälligen, aber noch nicht eincassirten Zinscoupons von der aufgehobenen Obligation ihre Gültigkeit verlieren würden, — da der Anspruch auf fällige Conventionalzinsen mit Aufhebung der Hauptobligation nicht erlischt. —

[2]) In neuester Zeit hat wieder Sachße in der Zeitschr. für deutsches Recht Bd. XVII. S. 53 flg. eine Cession besonderer Natur angenommen.

[3]) Eine solche nimmt auch Bluntschli deutsch. Privatr. §. 111. 2 an.

[4]) Jolly im Archiv für deutsches Wechselrecht, Bd. IV. S. 384; Sachße in der Zeitschr. f. deutsches Recht, Bd. XVII. S. 39. — Was Unger a. a. O. S. 36 flg. gegen den Verfasser ausführt, beruht auf Mißverständnissen, wie aus der folgenden Darstellung sich ergeben wird.

Wir geben zu, daß eine Singular-Succession in Obligationen nach römischem Rechte unstatthaft, und auch im heutigen gemeinen Rechte der Regel nach nicht vorkömmt [1]). Daß aber eine Singular-Succession in das Forderungsrecht dem Wesen der Obligation widersprechen sollte, vermögen wir nicht einzusehen. Indem wir uns einer Wiederholung der für und wider geltend gemachten Gründe entheben zu können glauben, stimmen wir mit Windscheid (die actio des römischen Civilrechts, S. 152) insoferne überein, als wir davon ausgehen, daß zu jeder Obligatio eine bestimmte Person als Gläubiger wesentlich, unwesentlich dagegen die Individualität dieser Person, und daher ein Wechsel des Creditors denkbar ist, — wie denn z. B. die französische Gesetzgebung einen solchen bei der Zahlung mit Subrogation (*Code civ.* Art. 1249 flg.) anerkennt. Wenn freilich A dem B schlechtweg 1000 fl. verspricht, so ist hier eine Singular-Succession ausgeschlossen; — eine solche kann nicht ohne die Einwilligung des A geschehen, weil ihm, der sich dem B obligirte, ein anderer Gläubiger nicht aufgedrungen werden kann; sie kann aber auch nicht mit Willen des Schuldners stattfinden, weil nach der Art, wie die Obligation begründet worden, deren Inhalt ein Leisten des A an B ist, mit welcher eine Obligation zwischen A und C nicht identisch wäre.

Aus diesem Verhältnisse folgt jedoch nur, daß eine Singular-Succession in Forderungsrechte regelmäßig nicht stattfinden kann, keineswegs aber, daß eine solche mit dem Wesen der Obligation im Widerspruch stände.

Vielmehr ist es sehr wohl denkbar, daß eine Obligation in der Weise constituirt wird, daß die Individualität des Gläubigers dabei als indifferent erscheint; daß A sich zwar dem B verpflichtet, jedoch in der Art, daß der Inhalt seiner Verpflichtung nicht ein Leisten an B, sondern ein Leisten an B. oder eine andere von diesem zu bezeichnende Person seyn soll.

Ist nun ein solches Verhältniß civilistisch denkbar, so finden wir die Intention Obligationen der Art zu schaffen in der Ausstellung von Ordre- [2]) und Inhaber-Papieren.

---

[1]) v. Vangerow, Pandekt. III. S. 115.

[2]) Der Wechselbrief, auch wenn er nicht „an Ordre" lautet, wird

Mittelst des Ordre-Papiers erklärt der Aussteller an N. N. oder dessen Ordre schulden zu wollen, d. h. an N. N. oder denjenigen, welchen dieser an seiner Stelle bezeichnen wird („o chi ordinerà"). Schon die Worte deuten darauf hin, daß es sich hier um die Begründung einer Obligation handelt, bei welcher die Individualität des Gläubigers nicht in Betracht kommen, also eine Singular-Succession möglich seyn soll; wogegen sie keine Andeutung weder eines Versprechens des Schuldners mit der von seinem Gläubiger zu bezeichnenden Person einen novirenden Vertrag abzuschließen, noch der Ertheilung einer Vollmacht ihn dabei zu vertreten enthalten. — Allein auch die Geschichte des Ordre-Papiers, d. h. des Wechsels, weist auf jene Bedeutung der Formel „an die Ordre" hin. Während ursprünglich der trassirte Wechselbrief außer den Personen des Ausstellers und des Bezogenen den bezeichnete, welcher die Ausstellung veranlaßt hatte, sowie denjenigen, zu dessen Gunsten dieselbe geschehen war (Adjectus), wurde nunmehr jener als Gläubiger genannt, und ihm mit der Formel „o chi ordinerà" die spätere Bezeichnung des Präsentanten überlassen. Der Aussteller des Wechsels versprach also die wechselmäßige Zahlung an denjenigen, der ihm die Valuta gegeben, oder an die von demselben auf dem Wechselbrief zu bezeichnende Person. Daß diese letztere aber nicht mittelst Delegation ein neues Forderungsrecht erwerben, sondern in dasjenige des Wechselnehmers eintreten sollte, beweist der Umstand, daß der Wechsel in der That zu ihren Gunsten ausgestellt wurde, indem das Indossament nichts anderes bezweckte als was früher durch die sofortige Bezeichnung der Präsentanten bei Ausstellung des Wechselbriefes erreicht wurde. Daher erklärt sich auch, daß nur eine einmalige Indossirung des Ordre-Wechsels gestattet war, weil mit dieser der Zweck der Tratte erreicht schien, nämlich demjenigen die Zahlung zu verschaffen, dem der Geber der Valuta sie zuwenden wollte, und die romanisirenden Juristen, die Eigenthümlichkeiten der von ihnen hier angenommenen Cession, in der That einer Singular-Succession [1]), nicht verkennend, an einer

gesetzlich als Ordrepapier präsumirt. Biener im Archiv f. deutsch. Wechselrecht Bd. V. S. 248 flg.

[1]) Mein Lehrb. des Wechselrechts. §. 48.

strengen Interpretation der Formel „an NN. oder dessen Ordre" festhalten zu sollen glaubten [1]).

Keine andere Bedeutung aber als die Ordre-Papiere haben die an den Inhaber lautenden Schuldscheine. Namentlich schließt die ursprüngliche Fassung dieser letztern die Annahme einer Delegation als Princip für den Verkehr mit denselben aus. Wenn z. B. eine Rente „an C, dessen Erben oder wer den Brief mit ihrem guten Willen inne hat" verkauft wurde, so gieng die Intention des Rentenverkäufers offenbar nicht dahin, mit der von C oder dessen Erben zu bezeichnenden Person einen novirenden Vertrag abzuschließen, indem er vielmehr die an C verkaufte Rente dem spätern Inhaber des Papieres, welcher dasselbe von C oder dessen Erben erworben, schulden wollte.

Wir meinen, um das Gesagte zusammenzufassen, daß eine Singular-Succession in Forderungsrechte mit dem Wesen der Obligationen nicht unverträglich, vielmehr der Natur der Sache nach möglich ist, wenn nur die Obligation in solcher Weise constituirt worden, daß die Individualität des Gläubigers dabei als indifferent erscheint. Eine solche Constituirung aber finden wir in der Ausstellung von Ordre- und Inhaber-Papieren, mit deren Anerkennung im modernen Rechte wir eine Singular-Succession in die bezüglichen Forderungsrechte für anerkannt erachten.

Wir wollen unsere Auffassung, um sie gegen Mißverständnisse, wie sie unsere frühere Erörterung dieser Lehre veranlaßt hat, zu sichern, näher präcisiren.

Das Papier ist Beweisdocument für die Obligation; es bekundet ferner die Absicht eine Forderung zu begründen, welche keine an die Person des ursprünglichen Gläubigers unzertrennlich geknüpfte, sondern eine veräußerliche seyn soll; es ist endlich das Mittel die Singular-Succession in das Forderungsrecht zu bewirken.

Was insbesondere die Obligationen auf den Inhaber anbelangt, so will der Aussteller der Urkunde demjenigen verpflichtet seyn, dem er sie zuerst begeben, so wie jedem, der dieselbe mit dessen Willen inne hat [2]). Die Ver-

---

[1]) Biener, a. a. O. S. 249.

[2]) Dieß besagen ausdrücklich die Papiere auf den Inhaber in ihrer älteren Fassung. — Die Frage Unger's S. 45 not. 11, warum es,

äußerung des Forderungsrechts geschieht also mittelst Uebergabe des Papiers. Diese Veräußerung muß durch den ersten Nehmer desselben und ursprünglichen Gläubiger oder dessen Rechtsnachfolger geschehen; sie muß in der Absicht stattfinden, die Gläubigerschaft auf den weiteren Nehmer der Urkunde zu übertragen, also nicht z. B. zum Zwecke der Verpfändung der Forderung oder Deposition der Urkunde. Der ursprüngliche Creditor und erste Nehmer des Papiers ist aber Eigenthümer desselben; die Uebergabe des Schuldscheins, welche dieser zum Zwecke der Uebertragung des Forderungsrechts vornimmt, geschieht in der Absicht und mit der Wirkung das Eigenthum daran zu übertragen, was schon deßhalb anzunehmen, weil das Papier und die freie Disposition über dasselbe für denjenigen werthlos ist, der nicht mehr Gläubiger seyn will, für denjenigen dagegen nöthig, der Gläubiger werden soll, und zwar nicht allein als Beweisdocument, sondern als Mittel weiterer Veräußerung des Forderungsrechts; daher der Satz: die Succession in das Forderungsrecht geschieht mittelst Succession in das Eigenthum am Papier [1]).

Ist aber das Princip für den Verkehr mit Obligationen auf den Inhaber (oder an Ordre) die Singular-Succession, so frägt es sich, worin sich dasselbe praktisch von demjenigen der Cession unterscheidet. Wir haben dieß schon früher dahin beantwortet, daß alle aus dem Wesen der Cession folgenden oder derselben sonst eigenthümlichen Bestimmungen hier keine Anwendung finden [2]). Doch ist die aus dem römischen Rechte nicht direct zu beantwortende Frage [3]) hervorzuheben, ob und welche gegenüber dessen

---

wenn das Papier bloß Beweisdocument sey, zur Veräußerung der Forderung der Uebertragung des Beweismittels bedürfe, erledigt sich damit, daß das Papier eben nicht bloß Beweisdocument ist.

[1]) Dieß und nur dieß hat der Verfasser (Zeitschrift für deutsches Recht Bd. XIV, S. 331, 339, 342) behauptet. Er gibt also zu, daß, wie es sich von selbst versteht, der erste Eigenthümer der Urkunde, nämlich der Schuldner, nicht Gläubiger ist (Thöl I. S. 229 not. 3), und ebensowenig derjenige, der das Eigenthnm am Papiere ersessen (Unger, S. 44).

[2]) Zeitschrift für deutsches Recht, Bd, XIV S. 344.

[3]) Weil das römische Recht eine Singular-Succession in Obligationen nicht kennt. Die Eintheilung der Einreden in exceptiones rei

Vorgängern begründete Einreden dem klagenden Inhaber des Papiers entgegengesetzt werden können.

Versteht es sich nun von selbst, daß wie auf die Cession so auch auf die Singular-Succession der Grundsatz Anwendung findet: „nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet," so folgt hieraus zunächst, daß der Singular-Successor sich Einwendungen des Inhalts gefallen lassen muß, daß die Forderung gegenüber dem ersten Nehmer nicht entstanden [1]), wie z. B. die sogenannte exceptio non numeratae pecuniae, oder daß sie gegenüber einem seiner Vormänner getilgt worden. Doch ist dieser letztere Punkt insoferne unpraktisch, als nach der Eigenthümlichkeit der Obligationen auf den Inhaber der Schuldner regelmäßig nur an den Präsentanten des Papiers zahlen und die geschehene Zahlung auf demselben anmerken lassen soll, daher er sich dann, wo letzteres nicht geschehen, auf eine an einen Vorgänger des dermaligen Inhabers geschehene Zahlung nicht berufen kann.

Aus dem vorausgeschickten Principe folgt aber weiter, daß dem Singular-Successor wie dem Cessionar solche Verhältnisse entgegengesetzt werden können, welche das Forderungsrecht ope exceptionis unwirksam machen, wenn dieselben nur der Obligation anhaften, die exceptio eine rei cohaerens in diesem Sinne ist [2]), wie die exceptio metus, doli, insbesondere die Einreden aus den Eigenthümlichkeiten des Geschäfts, aus welchem die Obligation auf den Inhaber entstanden.

Dagegen stehen anders wie dem Cessionar dem Singular-Successor solche andere Einreden nicht entgegen, welche aus den persönlichen Verhältnissen des Schuldners zu seinen Vormännern hervorgehen, in welchem Sinne der Grundsatz seine Richtigkeit

---

und personae cohaerentes kömmt demnach daselbst nur theils in Anwendung auf die Person des Schuldners (l. 7 D. de except. (44, 1.), theils in Anwendung auf den Singular-Successor bei dinglichen Verhältnissen (l. 4 §. 27 D. de doli except. (44, 4) vor.

[1]) **Bähr**, zur Cessionslehre in den **Jahrbüchern für Dogmatik** I. 3. S. 408.

[2]) Dagegen **Kuntze**, die Obligation und die Singular-Succession, S. 321. — S. aber **Windscheid**, die Actio, S. 182, und **Unger**, S. 42 not. 8.

hat, daß der dermalige Inhaber des Papiers sich Exceptionen aus der Person seiner Vorgänger nicht gefallen zu lassen brauche. Daher kann z. B. der Schuldner dem klagenden Inhaber die Einrede der Compensation aus einer Gegenforderung an einen Vormann desselben nicht entgegensetzen[1]), während der debitor cessus dem Cessionar jede compensable Gegenforderung, die ihm bis zum Augenblicke der Insinuation an den Cedenten erwachsen war, entgegenstellen kann[2]). Daher braucht sich ferner der Inhaber des Papiers die gegenüber seinem Vorgänger begründete exceptio pacti de non petendo nicht gefallen zu lassen, während nach der richtigen Meinung das umgekehrte vom Cessionar gilt[3]), so wie endlich bezüglich des beneficium Competentiae die nämliche Unterscheidung zu machen ist.

Renaud.

---

1) Dieß erkennen schon die älteren Wechselgesetze in Beziehung auf den Indossator an. Mein Lehrb. des Wechselrechts §. 48. not. 3.

2) Dernburg, die Compensation, S. 386.

3) v. Vangerow, Pandect. III. S. 128.

XVII.

Zur deutschen periodischen Criminalrechtsliteratur.

1) Indem ich mich der Aufgabe unterziehe, über die periodische Literatur auf dem Gebiete des Criminalrechts zu berichten, habe ich natürlich mit der ältesten unter den hieher gehörigen Zeitschriften, ja meines Wissens dem Nestor aller juristischen Zeitschriften in Deutschland, — mit dem im Jahre 1798 gegründeten Archiv des Criminalrechts zu beginnen. Die Gründer dieser noch bestehenden Zeitschrift waren die beiden verdienstvollen Criminalisten E. F. Klein und G. A. Kleinschrod, die sich vom 3. Bande an den damaligen Privatdocenten in Halle Ch. G. Konopak als Mitarbeiter und Mitherausgeber beigesellten. Schon damals bildeten immer 4 Hefte einen Band, wie jetzt.

Die erste Periode dieser Zeitschrift geht bis zum Jahre 1810 und brachte in den 12 Jahren 7 Bände hervor. Inter arma silent Camoenae! Erst nach Wiederherstellung des Friedens erstand die Zeitschrift als „Neues Archiv." Seine Restauratoren waren Kleinschrod, Konopak und Mittermaier. Diese zweite Periode dauerte bis zum Jahre 1834 und brachte es aufs Doppelte — auf 14 Bände. An die Stelle von Kleinschrod trat vom 9. Bande an Roßhirt, zu denen vom 11. Bande an noch Wächter hinzukam. Vom 3. Stücke des 12. Bandes an erscheinen als Mitherausgeber außer Mittermaier und Wächter auch noch Abegg, Heffter und Birnbaum.

Mit dem J. 1834 beginnt die dritte Periode, welche bis zum Jahre 1856 reicht, also 23 Jahre dauerte und in jedem

Jahre einen Band hervorbrachte. Als Herausgeber erscheinen von 1834—1837 Abegg, Birnbaum, Heffter, Mittermaier und Wächter, von 1838—1845 dieselben und Zachariä (in Göttingen), von 1846—1849 dieselben und Hepp, von 1850 — 1851 dieselben ohne Wächter, von 1852 an ohne Hepp, dagegen seit 1852 mit Herrmann (in Göttingen) und seit 1853 überdieß mit Arnold.

Eine neue Periode soll endlich mit dem Jahre 1857 beginnen, — der „zweite Abschnitt der neuen Folge". In der Motivirung dieses „Abschnittes" wird vorerst ein kurzer Rückblick auf die lange und erfolgreiche Wirksamkeit des Archivs geworfen, und dabei das Zeugniß verlangt, „daß die Herausgeber ebenso die Wissenschaft, wie die Gesetzgebung und Rechtsübung durch die Arbeiten im Archive zu fördern bemüht waren, und keine Rechtslehre des Strafrechts, keine bedeutende Frage ohne Berücksichtigung blieb" . . . . ., — sodann aber bemerkt, daß „dasselbe zwar nicht aufhören werde, auch fernerhin die gleichen Felder zu bearbeiten, jedoch sein Augenmerk jetzt noch mehr auf eine sorgfältige und befriedigende Wahl des zu bietenden Stoffes hinlenken werde." — Es muß natürlich abgewartet werden, ob sich diese Verheißung erfüllen werde. Geht sie in Erfüllung, so wird sich gewiß jeder Freund der Wissenschaft darüber höchlich freuen; die Namen der Herausgeber (Abegg, Arnold, Birnbaum, Heffter, Herrmann, Mittermaier und Zachariä) sind uns allerdings sichere Bürgschaften für den Aufgang einer neuen glänzenden Aera unseres altehrwürdigen Instituts.

Ueber dieser Hoffnung dürfen wir aber nicht die Vergangenheit vergessen. Keiner, der die Entwickelung des deutschen Criminalrechts seit dem Ausgange des vorigen Jahrhunderts kennt, wird den Herausgebern des nun bald 60 Jahre bestehenden Archivs das fragliche verlangte Zeugniß vorenthalten; jeder wird freudig anerkennen, wie große Verdienste sich die Herausgeber und Mitarbeiter dieser Zeitschrift um den Fortschritt der Wissenschaft, Gesetzgebung und Rechtspflege erworben. Wenn auch die Betheiligung Feuerbach's und Grolman's, der beiden Vorkämpfer für die deutsche Criminalreform, in den Annalen des Criminalarchivs schmerzlich vermißt wird, so gebührt doch dieser Zeitschrift ein nicht geringer Antheil an dem Verdienste der Umgestaltung

des Criminalrechts in den letzten 60 Jahren Das Programm, welches die Gründer des Archivs im J. 1798 aufgestellt, ist bis jetzt unverändert geblieben, und wurde das darin Verheißene getreulich erfüllt. Dasselbe lautet, wie folgt: „1) Abhandlungen über interessante Materien des Criminalrechts. 2) Nachrichten von merkwürdigen Gesetzen, Verordnungen und Einrichtungen, welche das Criminalwesen überhaupt und den Criminalproceß insbesondere betreffen. 3) Merkwürdige Begebenheiten, welche sich auf diese Gegenstände beziehen, wobei kurze Auszüge aus Criminalacten und Erkenntnissen vorkommen werden. 4) Anzeige von merkwürdigen Schriften, welche in das Criminalrecht einschlagen. 5) Eine jährliche Uebersicht der Fortschritte, welche die Criminalgesetzgebung und Criminalrechtsgelehrsamkeit gemacht hat."

Zum Schlusse wollen wir den Inhalt des Jahrganges 1856, mit welchem nun die 3. Periode des Archivs beendigt ist, einer kurzen Betrachtung unterwerfen. Derselbe wird mit einer sehr interessanten Abhandlung von Herrmann „über Absicht und Vorsatz überhaupt und über unbestimmte und indirecte Absicht insbesondere" eröffnet.

Die Lehre vom dolus ist in neuester Zeit wieder förmlich in Fluß gerathen, und wenn man die dadurch veranlaßten Schriften von Berner, Köstlin, Krug, Osenbrüggen u. a. betrachtet, so kann man der Wissenschaft zu dieser tief gehenden Bewegung nur Glück wünschen. Herrmann's Abhandlung ist eine wesentliche Bereicherung dieser Literatur. Wo solche Kräfte thätig sind, da kann man sich der Hoffnung hingeben, daß die fragliche Fundamentallehre des Criminalrechts endlich einmal zu einer allgemeinen befriedigenden Feststellung gelangen werde. Es wäre zu wünschen, daß der hieher gehörigen Literatur in dieser Zeitschrift bald eine umfassende Besprechung zu Theil würde. Ein schätzenswerther Beitrag zu dieser Literatur ist sodann die Abhandlung von Dr. F. Zerbst in Bürgel „über den Begriff des culposen Verbrechens."

Einen werthvollen Beitrag zur Strafrechtsgeschichte und zur Lehre vom Versuche (insbesondere vom untauglichen) liefert Abegg in einer Abhandlung betitelt: „Der Aberglaube und das Verbrechen." Es wäre zu wünschen, daß im Archiv solche historisch-dogmatische Arbeiten häufiger würden. Eine Zierde des in Rede

stehenden Bandes des Archiv's bildet ferner die Abhandlung von Köstlin „über die gemeingefährliche Waaren-Verfälschung, mit besonderer Berücksichtigung der Begriffe von dolus eventualis und luxuria". Sie ist eine der letzten, wenn nicht die allerletzte von den Arbeiten des unserer Wissenschaft leider so frühe Entrissenen.

An sie schließt sich dem Gegenstande nach zunächst der Aufsatz von Egidy (zu Coburg) an: „Beitrag zur Lehre von der Vollendung des Betrugs". Zu den Abhandlungen über Themata aus dem besonderen Theile des Strafrechts gehören sodann noch die von Arnold über die „Beleidigung gegen Geistliche" (sehr beachtenswerth), der „Beitrag zur Lehre von dem Meineide" von G. Simon in Leipzig, und der Aufsatz von Bopp „über den Begriff des Ausdrucks „umschlossener Hofraum".....

Ueber die neuere Strafgesetzgebung liefern Zachariä und Mittermaier interessante kritische Berichte, Zachariä über den neuesten bayerischen Strafgesetzentwurf, — Mittermaier „über den gegenwärtigen Standpunkt der Strafgesetzgebung mit Prüfung der neuesten Gesetzgebungsarbeiten in Oesterreich, Preußen, Bayern, K. Sachsen, Toscana, Modena, Piemont, in der Schweiz, im K. der Niederlande und in Schweden."

Endlich ist auch das Gefängnißwesen vertreten durch einen Aufsatz von Mittermaier über die Einzelnhaft im Zusammenhange mit dem Strafsystem, insbesondere mit den Wirkungen der neueren Gesetzgebung der bedingten Begnadigung und mit Besserungsanstalten nach den neuesten Erfahrungen in England.

Aus dem Gebiete des Strafproceßrechts enthält der in Rede stehende Band des Archivs folgende Abhandlungen:

1) Das richterliche Urtheil nach Recht und Gesetz von Abegg (— ein polemisirender Aufsatz über die logische Operation des Urtheilens gegen A. Kraus —).

2) „Ueber die Beweiskraft des Zeugnisses von Personen, welche über die an ihnen während eines durch Chloroformirung oder künstlichen Schlaf herbeigeführten Zustandes verübten Verbrechen aussagen" von Mittermaier (sehr bemerkenswerth).

3) „Acteneinsicht zur Vertheidigung gegen die Stellung vor Gericht" von Arnold.

4) „Ist dem Staatsanwalte die Befugniß einzuräumen, den

von dem Untersuchungsrichter abzuhaltenden Verhören beizuwohnen" von Keyser in Sondershausen.

5) „Die Abfassung der an die Geschwornen zu stellenden Fragen in ihrer Ableitung aus dem Wesen der Sache und aus der Erfahrung und mit Vergleichung der deutschen Gesetzgebungen" von C. Brauer.

Das Archiv des Criminalrechts ist seit seinem Bestehen ein treuer Spiegel der deutschen Criminalrechtszustände, — indem wir ihm noch ein recht langes Leben wünschen, bleibt uns nur noch die Hoffnung auszusprechen, daß das Spiegelbild immer schöner werde und daß der Spiegel selbst dazu beitrage.

2) Ans Archiv reihen sich zunächst Hitzig's Annalen der deutschen und ausländischen Criminalrechtspflege, fortgesetzt von Dr. W. Demme, neue Folge, herausg. v. H. Th. Schletter an (begründet von Hitzig, fortgesetzt von Demme und vom 31. Bande an herausgegeben von Schletter). Die Hauptrubriken dieses nunmehr zu den Vätern versammelten Veterans der deutschen juristischen Journalistik waren: a) Abhandlungen (über Recht und Proceß); b) Rechtsfälle (ältere und neuere, zum Theil sehr ausführlich, aber doch für das juristische Publicum berichtet); c) Criminalstatistik; d) Miscellen (zum Theil historischen Inhalts). In jedem Monate erschien ein Heft und 3 Hefte zusammen bildeten einen Band, so daß jährlich 4 Bände erschienen. Es ist wohl nicht zu gewagt, wenn man in ihm ein Opfer der Particularisation des deutschen Strafrechts erblickt. Jedenfalls war diese auch ein Nagel zu seinem Sarge. Unter dem üppigen Wachsthum der particularrechtlichen Journalistik droht aller gemeinrechtlichen auf dem Gebiete des Strafrechts der Erstickungstod, wenn nicht bald Hülfe kommt.

3) Eine hervorragende Stelle in der periodischen Criminalliteratur nimmt der Gerichtssaal („Zeitschrift für volksthümliches Recht") ein, indem derselbe von seiner Gründung an bis heute dem Criminalrecht stets eine ganz besondere Pflege zugewandt hat. Der Gründer derselben war bekanntlich der als criminalistischer Schriftsteller vielfach thätige und verdienstvolle Justizministerialrath Dr. Ludwig von Jagemann in Karlsruhe. Nach seinem Tode wird die Zeitschrift (vom Octoberhefte des 5. Jahrganges 1853) von Arnold, Hye und Schwarze fort-

gesetzt. Alle Monate erscheint ein Heft, 6 Hefte bilden immer einen Band.

Diese Zeitschrift ist die Zeitschrift des Fortschrittes κατ' ἐξοχήν. Die jetzigen Herausgeber haben dieß in dem (von Arnold geschriebenen) „Vorworte zur Fortsetzung dieser Zeitschrift" ausdrücklich proclamirt. Aber schon der Name derselben bürgt dafür, daß da nicht einer unbändigen Neuerungssucht Raum gegeben wird. Was der Gerichtssaal will, das ist vielmehr nichts anderes als ein „volksthümliches Recht, ein Recht und ein Gerichtsverfahren, welches dem deutschen Charakter, den deutschen Sitten, der Bildung und Industrie des deutschen Volkes entspricht."

Was das Criminalrecht und insbesondere den Criminalproceß betrifft, so muß man gestehen, daß der Gerichtssaal auf dieses Ziel nach Kräften lossteuert und sehr werthvolle Beiträge zur Verbesserung unserer Gesetzgebungen liefert. Namentlich sind es die hieher gehörigen Aufsätze von Arnold, Mittermaier, Schwarze, Brauer u. a., durch welche die Criminalrechtsliteratur anerkennenswerthe Bereicherungen erfahren hat. Der nun vollendete erste Band des laufenden Jahres enthält folgende bemerkenswerthe Aufsätze über criminalrechtliche Gegenstände:

1) Der Kampf zwischen Schwurgerichten und ständigen Gerichten v. Reichmann.

2) Dr. Fr. Nöllner und das Geschwornengericht v. Rehm.

3) Ueber die Zulassung der Zeugen vom Hörensagen nach Maßgabe allgemeiner Beweisgrundsätze v. Brauer.

4) Zur Verminderung der Meineide v. Arnold.

5) Die Voruntersuchung, ihre zweckmäßige Anordnung, insbesondere die Bedeutung der Raths-Kammer; mit Prüfung des französischen Gesetzes v. 17. Juli 1856 über Aufhebung der Rathskammer v. Mittermaier.

6) Zur Lehre von der Wiederaufnahme einer strafrechtlichen Verfolgung nach vorgängigem Abweisungsbeschlusse von Abegg.

7) Verbrechen der Inländer im Auslande und der Ausländer im Inlande v. Arnold.

8) Das Verbrechen der Widersetzung gegen die Obrigkeit v. Zachariä.

9) Ueber die Stellung des Appellationsrichters im mündlichen Strafverfahren v. Schwarze.

4) Das bekannte Unternehmen von J. A. Seuffert auf dem civilistischen Gebiete hat den verdienstvollen ehemals k. preuß. Appellationsgerichtsdirector, jetzigen Professor der Rechte in Zürich, Dr. J. D. H. Temme, zur Gründung eines „Archivs für die strafrechtlichen Entscheidungen der obersten Gerichtshöfe Deutschlands" veranlaßt. Man kann zwar mit den von Temme im Vorworte zum ersten Bande ausgesprochenen Ansichten über den dermaligen Strafrechtszustand in Deutschland und insbesondere über die Codificationsfrage nicht durchweg einverstanden seyn; man kann es übertrieben finden, wenn daselbst der Zustand der Strafrechtspflege in Deutschland nach keiner Seite hin als ein erfreulicher bezeichnet wird; ja es erscheint geradezu unbegreiflich, wie Temme, der doch gewiß nicht zu den Feinden der neuen Strafproceßreformen gerechnet seyn will, die vermeintlichen Uebelstände der Strafrechtspflege in Deutschland dem neuen deutschen Strafverfahren zur Last legen kann. Wenn Temme es beklagen würde, daß die Gemeinsamkeit des Strafrechts durch die Particulargesetzgebungen verloren gegangen, so würde ich ihm unbedingt beistimmen; wenn er aber die Codification überhaupt verwerflich findet, so dürfte er mit dieser Ansicht wohl so ziemlich isolirt stehen. Die Wiedererlangung der deutschen Strafrechtsgemeinsamkeit wird sicherlich nicht auf dem Wege der Restauration des früheren gemeinen Rechts zu suchen seyn, sondern nur auf dem Wege, auf welchem wir auch zu einem gemeinsamen Wechselrecht gelangt sind. Deßhalb ist es auch nicht zu billigen, daß Temme so pessimistisch über die Frage der deutschen Strafgesetzgebung spricht, und es ist nicht einzusehen, wie die Praxis sich selbst helfen könne. Der Strafrechtszustand in Deutschland ist im allgemeinen ein sehr erfreulicher; er war zu keiner Zeit besser, sondern früher ohne Vergleich schlechter, und er ist in Deutschland mindestens ebensogut wie in irgend einem anderen Lande. Der einzige — allerdings große und in mehrfacher Hinsicht auch für die Zukunft gefährliche — Uebelstand desselben liegt in der Particularität des Rechts. Dieser Uebelstand bedroht allerdings sowohl die Wissenschaft, als die Praxis, worauf erst kürzlich wieder Wächter, Köstlin und Krug aufmerksam gemacht haben. Gegen die Particularisation des

Strafrechts ist also zu kämpfen, auf die Ermannung der deutschen Bundesglieder zu einer gemeinsamen Strafgesetzgebung hinzuwirken, und gerade von diesem Gesichtspunkte aus erblicke ich in dem — allerdings auch aus anderen Gründen verdienstlichen — Unternehmen Temme's eine sehr erfreuliche Erscheinung, indem diese Sammlung von Entscheidungen der obersten Gerichtshöfe in der That ein treues und vollständiges Bild des wirklich in Deutschland geltenden Strafrechts und des gesammten deutschen Strafrechtszustandes gewährt, und nach meinem Dafürhalten zu jeder ersprießlichen Aenderung und Verbesserung einer Sache die möglichst genaue Kenntniß derselben nöthig ist. Der künftigen deutschen Strafgesetzgebungscommission wird die Temme'sche Sammlung ein sehr willkommenes, nützliches Hülfsmittel seyn.

Aber auch abgesehen von diesem sehr hoch anzuschlagenden Werthe des fraglichen Unternehmens für die (hoffentlich nicht gar zu ferne) Zukunft, hat dasselbe schon jetzt vermöge seiner zweckmäßigen Anlage und Ausführung ebenso für den Praktiker wie für den Theoretiker eine nicht geringe Bedeutung als eine sehr reiche und brauchbare Sammlung von Rechtsfällen. Man muß daher dem Unternehmen den besten Fortgang wünschen, und zwar um so mehr, als die Annalen von Hitzig eingegangen sind.

5) „Beharrt unser Recht in dem Particularismus von mehr als einem Dutzend Gesetzgebungen, so wird die Wissenschaft entweder in dieser Masse von verschiedenen Codificationen ihre Kräfte in unfruchtbarer Weise zersplittern, oder sich, wenn ich mich des Ausdruckes bedienen darf, nur um einzelne Partikularrechte annehmen können, die übrigen aber im wesentlichen mehr zur Seite liegen lassen müssen."

Was Wächter hier (Jahrb. der d. Rechtswissensch. und Gesetzgebung I, 2 S. 112) hypothetisch hinstellt, gilt, solange die Voraussetzung besteht, natürlich auch apodiktisch, und wenn die Wahl zwischen unfruchtbarer Kräftezersplitterung und Nichtberücksichtigung etlicher kleinstaatlichen Strafgesetzgebungen überhaupt nicht schwierig ist, so erscheint sie hier um so weniger schwierig, als dieser Bericht nicht für die speciellen Fachgenossen, sondern nur für das übrige juristische Publicum erstattet wird. Ist es schon eine starke Zumuthung an den Praktiker eines bestimmten Staates, sich um die periodische Strafrechtsliteratur eines anderen

Staates, oder an einen Civilisten oder Publicisten, sich um die periodische Strafrechtsliteratur irgend eines Particularrechts zu bekümmern, so scheint nicht nur von vorneherein die Beschränkung eines Berichtes über diese Literatur auf die größten Staaten absolut geboten zu seyn, sondern es dürfte auch noch bei dieser Beschränkung eine Auswahl unter der einschlägigen Literatur willkommen geheißen werden. Für dießmal möge es genügen, über drei Zeitschriften als Repräsentanten von drei größeren deutschen Staaten kurz zu berichten.

Zu einem eigenen Archiv für Strafrecht hat es bis jetzt nur Preußen gebracht. Der Gründer desselben — Obertribunalrath Goltdammer — that wohl klug daran, daß er demselben den beschränkenden Beisatz „für preußisches Strafrecht" gab, — denn dieser Beisatz hat ihm sicherlich viele preußische Praktiker gewonnen, bei denen ein neues Archiv des Criminalrechts ohne diesen Beisatz wahrscheinlich ebensowenig Beachtung gefunden hätte, wie das alte. Wenn man aber auf seinen Inhalt sieht, so findet man, daß das Goltdammer'sche Archiv sich keineswegs auf das preußische Recht beschränkt, sondern faktisch dem allgemeinen Criminalarchiv Concurrenz macht. Als Belege hiefür brauchen z. B. nur aus dem 4. Bande die Abhandlungen von Köstlin über die Unterschlagung (nach den neuen deutschen Gesetzbüchern), von Mittermaier über die Vergiftung, von Abegg „zur Lehre vom Diebstahl rc." angeführt zu werden.

Die Goltdammer'sche Zeitschrift ist in der That ein nicht bloß für Preußen, sondern für ganz Deutschland sehr wichtiges Unternehmen. Sowie es natürlich seine ursprüngliche Bedeutung durch die Größe des preußischen Staates erhält, so erhöht es umgekehrt selbst wieder durch die treffliche Leitung seines Urhebers die Wichtigkeit des preußischen Rechts.

Goltdammer hat es verstanden, sein Archiv schon jetzt zu einem Sammelplatz von Criminalisten aus allen deutschen Vaterländern zu machen, und selbst Herausgeber des bedrohten allgemeinen Archivs haben bereits der Anziehungskraft des preußischen Nebenbuhlers nicht zu widerstehen vermocht. Unwillkürlich überkommt mich bei dieser Erscheinung der Gedanke, wie sehr es zu wünschen wäre, daß in ganz Deutschland nur Ein Strafgesetz herrsche, daß es in Deutschland nur Ein Archiv des Criminal-

rechts gebe, und daß alle Arbeitslustigen aus allen deutschen Gauen sich in diesem Weingarten zusammenfänden. Sapere aude! möchte man hier rufen. Die Vortheile einer solchen Einigung liegen so sehr auf flacher Hand, daß es keines Wortes darüber bedarf, und sie wären so groß, daß die Arbeit dagegen als eine wahre Spielerei erschiene.

Von dem übrigen Inhalte des 4. Bandes mögen hier nur folgende Abhandlungen angeführt seyn: die trefflichen Beiträge zur künftigen Strafproceßordnung für Preußen von Tippelskirch, über die Stellung des Appellationsrichters zur Thatfrage (anonym), über die Behandlung der erschwerenden Umstände bei der Fragestellung (anonym), über die Gewalten des Strafprocesses von Dieterici, über die amentia occulta von Ideler, über die Mitwirkung des Richters bei Einleitung der Nichtigkeitsbeschwerde durch den Angeklagten, über einige Mängel der Fragestellungen an die Geschwornen und der Verdicte der letzteren, zum Thatbestande der Urkundenfälschung 2c.

6) Wie in Preußen, so begann auch in Bayern mit der Oeffnung der Gerichtssäle eine neue Epoche in der periodischen Strafrechtsliteratur. Zunächst waren es, wie sich erwarten ließ, die J. A. Seuffert'schen Blätter für Rechtsanwendung (zunächst für Bayern), welche sich seit der Einführung des neuen Strafverfahrens sowohl dieses neuen Rechts, als auch (in noch größerem Maße, wie vordem) des materiellen Strafrechts annahmen und demselben ihre Pflege nach Kräften angedeihen ließen. Es finden sich daher in dieser für das bayerische Recht überhaupt so wichtigen Zeitschrift seit dem Jahre 1849 sehr viele und höchst schätzenswerthe größere und kleinere Abhandlungen über strafrechtliche und strafproceßrechtliche Fragen, meist veranlaßt durch praktische Fälle oder doch mit besonderer Berücksichtigung der Bedürfnisse der Praxis; sodann Mittheilungen aus der Praxis der bayerischen Gerichte selbst, namentlich aus der Praxis des obersten Gerichtshofes, endlich die zur Erläuterung von strafgesetzlichen Bestimmungen an die Gerichte erlassenen Justizministerialrescripte. Als Beleg dafür, daß von den fraglichen Leistungen der Bl. f. R. A. auch außerhalb Bayerns Notiz genommen und deren Werth anerkannt wird, erlaube ich mir nur beispielsweise anzuführen, daß F. O. Schwarze in seinem trefflichen Commentar zur sächs. St P. O.

v. 1855 die einschlägigen Erörterungen bei jeder Gelegenheit anführt und bespricht.

Aber noch in demselben Jahre 1849 erwarb sich die Redaction der Bl. f. R. A. ein weiteres Verdienst um das bayerische Strafrecht durch Gründung der Sitzungsberichte der bayerischen Strafgerichte, von welchen bis zu ihrem Aufhören (1853) 5 Bände, jeder Band zu 4 Heften, erschienen sind. Ihr Hauptinhalt und zugleich ihr bleibender Hauptwerth besteht in der Mittheilung aller wichtigeren Entscheidungen des bayerischen obersten Gerichtshofes (als Cassationshofes) vom Jahre 1849 an. Außerdem enthalten sie auch noch schätzbare Mittheilungen aus der Praxis der übrigen bayerischen Strafgerichte, bisweilen begleitet mit kritischen Bemerkungen. Die dogmatische Bearbeitung des alten und neuen Rechtsstoffes dagegen sollte den Bl. f. R. A. überlassen bleiben.

Mit dem Jahre 1854 gieng ihre selbständige Existenz unter, indem sie ihrem Hauptinhalte nach ein Bestandtheil der „Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtspflege des K. Bayern" (mit allerh. Genehmigung unter Aufsicht und Mitwirkung des k. Justizministeriums herausgegeben) wurden. Von dieser Zeitschrift sind bis jetzt 13 Hefte (das Heft ungefähr zu 10 Bogen) erschienen: jeder Band besteht aus 4 solchen Heften. Wenn nun auch bisher noch immer die oberstrichterlichen Entscheidungen in Strafsachen den größten Theil ihres Raumes einnehmen und in ihnen der Hauptwerth dieser Zeitschrift besteht, so ist sie doch, wie schon ihr Titel anzeigt, keine ausschließlich criminalistische. Für das bayerische Strafrecht ist sie aber auch noch dadurch von größerer Bedeutung als die Sitzungsberichte waren, daß in ihr nunmehr alle Justizministerialentschließungen mitgetheilt werden. Endlich liefert sie auch mehr Erörterungen über criminalrechtliche Fragen als die Sitzungsberichte geliefert haben.

7) Ich schließe diesen Bericht mit der Anzeige der „allgemeinen Gerichtszeitung für das K. Sachsen und die großherzoglich und herzoglich-sächsischen Länder herausg. v. Dr. F. O. Schwarze," des jüngsten Sprößlings der deutschen juristischen Journalistik, mit dessen Bewillkommnung uns bereits Marquardsen in der Heidelberger Zeitschrift zuvorgekommen. Wie aus dem Titel zu ersehen, ist diese Gerichtszeitung nicht dem

Criminalrechte ausschließlich gewidmet; es sind auch in ihr bereits civilrechtliche Fragen berührt und erörtert; — allein bei weitem der größere Theil des Inhalts der bis jetzt vorliegenden 6 Hefte ist criminalrechtlich, und unter den Mitarbeitern sehen wir mit Vergnügen die beiden Verfasser und Commentatoren der neuen sächsischen Strafgesetzbücher, D. Krug und F. O. Schwarze, die größte Productivität entfalten. Es ist nicht zu zweifeln, daß die neue sächsische Strafrechtspflege in dieser Zeitschrift eine wahre Stütze erblicken, sowie daß man auch im übrigen Deutschland ihrem Fortgange allenthalben mit großem Interesse folgen werde. Allein je mehr neue particularrechtliche Zeitschriften in Deutschland auftauchen und je besser sie redigirt werden, desto mehr fühlt man sich gedrängt, das caeterum censeo auszurufen, und desto mehr muß man es bedauern, daß so tüchtige Kräfte, anstatt für das ganze Deutschland, nur für einen Bruchtheil desselben wirken können. Oder ist es — um hier nur von der periodischen Literatur zu sprechen — nicht etwa ein lucrum cessans für alle nichtpreußischen Staaten, daß die Arbeit Goltdammers und seiner Mitarbeiter für sie, wenigstens jetzt und größtentheils, verloren ist, und ebenso für alle nichtsächsischen Staaten, daß sie an den Früchten des Schwarze'schen Unternehmens keinen Mitgenuß haben? Dasselbe gilt natürlich auch von der nichtperiodischen Literatur.

Die kritische Ueberschau wird demnächst über die „Ideen zu einer gemeinsamen Strafgesetzgebung für Deutschland" von Dr. A. D. Krug berichten und bei dieser Gelegenheit auf das hier nur kurz berührte Thema näher eingehen müssen; daher für dießmal mit der Bemerkung geschlossen sey, daß wenn irgendwo, so hier das Sprüchwort gelte: Bis dat, qui cito dat. —

München, den 16 Juli 1857.

Dr. Friedrich Walther.

XVIII.

Kurze Anzeigen.

1) Johannis Merkelii juris utriusque doctoris antecessoris Hallensis Commentatio qua juris siculi sive assisarum regum regni Siciliæ fragmenta ex codicibus manuscriptis proponuntur. Halis 1856.

Das fünfzigjährige Doctorjubiläum seines hochverdienten Collegen Henke bot dem Herausgeber der Lex salica und der Lex Alamannorum Gelegenheit nach langer Unterbrechung uns wieder mit der Edition einer Rechtsquelle zu erfreuen. Unbedeutendes aus der Feder des Herausgebers hervorgehen zu sehen, ist man nicht gewohnt, und so ist es auch dießmal ein nicht unwichtiger Beitrag zur Geschichte des Rechts im Mittelalter, den uns die Gelegenheitsschrift vorführt. Dieser neueste Beitrag besteht in einer bisher unedirten Sammlung der normannischen Gesetze aus Unteritalien, welche der Herausgeber mit einer kritisch-historischen Einleitung begleitet hat.

Merkel fand die Sammlung in einer Handschrift des Vaticans, welche die Lombarda, die Institutionen und etliche andere Stücke enthält; es ist der bei Merkels Geschichte des Langobardenrechts S. 24 angeführte Codex Vaticanus sine numero, der um das Jahr 1200 geschrieben seyn muß. Die Sammlung besteht aus einem Prolog und 44 Gesetzen oder Capiteln, welche eine enge Verwandtschaft mit dem unter dem Namen der Con-

stitutiones siculæ bekannten Gesetzbuch Friedrichs II. zeigen. Noch näher aber sind sie den assisae regum regni Siciliæ verwandt, welche nach einer Handschrift von Monte Casino in der Neapolitaner Ausgabe jener Constitutiones vom Jahre 1786 zuerst im Druck erschienen sind. Unsere Sammlung ist jedoch ein von diesen Assisen selbst verschiedenes Werk, und so entstand für den Herausgeber die Frage, in welchem Verhältniß jene drei Rechtsquellen zu einander stehen.

Zuvörderst war zu bestimmen, wer die Gesetze der Vaticaner Handschrift erlassen und wer sie zu einem Ganzen vereinigt habe. Merkel entscheidet sich nach unzweideutigen Beweisen für den König Roger als denjenigen, dem wir die Gesetze selbst zuschreiben müssen. Unter dem Namen dieses Königs kehrt die große Mehrzahl jener Gesetze auch in den Constitutiones regni Siciliæ wieder. Zweifel könnten also nur hinsichtlich der übrigen Gesetze entstehen. Indeß ist wenigstens für eines derselben, für das cap. 34 der Ausgabe, ein stricter Beweis in einer Glosse der Breslauer Lombardahandschrift, des Codex Rhedigeranus vorhanden, welche zu L. 4. Lomb. I., 6 bemerkt, daß Roger ein Gesetz erlassen habe, wie wir es in cap. 34 unserer Sammlung wiederfinden. Wir fügen die Bemerkung hinzu, daß die Erwähnung Rogers in dieser Handschrift für die Herkunft derselben aus Unteritalien spricht, auf welche auch andere Umstände hindeuten.

Dagegen enthält die Sammlung nicht sämmtliche Gesetze Rogers, denn in den Constitutiones Siculæ sind noch andere mit dem Namen dieses Königs bezeichnet. Und da wir wissen, daß Petrus de Vinea der Verfasser der Constitutionen ist, so kann die Authenticität dieser Bezeichnung nicht bezweifelt werden. Sind nun die Gesetze unserer Sammlung von Roger erlassen, so wird doch die Abfassung der Sammlung selbst von Merkel nicht diesem König, sondern einem seiner Nachfolger zugeschrieben. Zwar lassen sich die Worte des Prologs über die glückliche Beendigung der Kriege (prostratis hostibus) sehr gut auf Roger und auf dessen Kriege mit Lothar dem Sachsen und den Großen des Reiches (bis zum J. 1140) beziehen. Allein mehr Gewicht ist nach Merkel auf die Ueberschrift der oben erwähnten assisæ regum regni Siciliæ zu legen; denn diese sind nichts anderes als ein Auszug aus unserer Sammlung, und da die Assisen in der Ueberschrift

ausdrücklich das Werk mehrerer Könige genannt werden, so sind wir zu dem Schlusse berechtigt daß die Sammlung erst unter einem Nachfolger Rogers verfaßt wurde, wo sie dann die Gesetze mehrerer Könige enthalten konnte. Zur leichteren Uebersichtlichkeit hat Merkel die Assisen nach der Handschrift von Monte Casino selbst mitabdrucken lassen (S. p. 33). Jener Nachfolger Rogers kann dann nur Wilhelm I. (1154—1166) gewesen seyn, denn die Worte prostratis hostibus lassen sich auf Wilhelm II. (1166 bis 1189) nicht beziehen, und nach Wilhelm II. trat die Herrschaft der deutschen Könige ein. Von Wilhelm I. berichten uns dagegen die Geschichtsschreiber, daß erst nach zweijährigem bürgerlichem Kriege der Friede unter ihm hergestellt worden sey. Und so würde die Abfassung der Sammlung in die Friedenszeit von 1156—1160 fallen.

Unserer Ansicht nach ist jedoch noch eine andere Auffassung dieses Verhältnisses möglich, die wir, so lange nicht zwingende historische Beweise für die eine oder andere Ansicht entscheiden, der von Merkel gegebenen Erklärung zur Seite stellen. Es ist zulässig anzunehmen, daß Roger die Sammlung verfaßt und als geschlossenes Ganzes mit dem Prolog publicirt hat. Sein Nachfolger fügte der geschlossenen Sammlung seine eigenen Gesetze hinzu, wie es die langobardischen Könige und die Herzöge von Benevent mit Rotharis Edict thaten, und auf diese Weise erhielt die Sammlung den Namen assisae *regum* regni Siciliæ, wie Rotharis Edict zum Edictum regum Langobardorum wurde. (S. Krit. Ueberschau IV, 259.)

Auch in der Geschichte vergilbter Pergamente spielt der Zufall eine Rolle. Der Zufall hat gewollt, daß uns der Auszug aus unsern Gesetzen so wenig vollständig erhalten ist als die Sammlung selbst, ja es ist selbst in dieser Unvollständigkeit noch eine Uebereinstimmung. Daß die Vaticaner Sammlung nur Gesetze von Roger, diese aber nicht vollständig enthalte, ist bereits bemerkt worden. Daß die Sammlung nicht abgeschlossen war, darauf deutet der leere Raum am Schlusse der Handschrift. Auch die Assisen enthalten nun lediglich Auszüge aus Rogers Gesetzen, und auch diese nur unvollständig. Denn es fehlen der Prolog und die Capitel 16, 22, 36 der Vaticaner Sammlung und die obenerwähnten Gesetze Rogers in den Constitutiones Siculae. Dagegen findet

sich in den Assisen ein Gesetz, welches wir weder in unserer Sammlung noch in den Constitutionen lesen, Assis. Cap. 29, und dieser Umstand dürfte beweisen daß dem Auszuge die Vaticaner Fragmente nicht unmittelbar zu Grunde liegen, daß vielmehr beide einer gemeinsamen dritten Quelle entnommen sind, nämlich der vollständigen Sammlung der normannischen Gesetze.

Der Inhalt des von Merkel edirten Gesetzbuchs betrifft überwiegend mehr das Strafrecht und die Privilegien der Kirche als das Privatrecht. Wie in den Constitutionen des sicilischen Reiches, so tritt auch hier das privatrechtliche Element sehr zurück, und König Roger so wenig als Friedrich II griffen in die privatrechtliche Gesetzgebung in Unteritalien tief ein. Diese Gesetzgebung war eine doppelte, die griechisch-römische für die Griechen und Römer, und die langobardische für die langobardischen Bewohner im alten Herzogthum Benevent. Benevent war und blieb der Mittelpunkt des lombardischen Rechtsstudiums in Unteritalien, und der „Accursius des lombardischen Rechts", Carolus de Tocco, gehört Unteritalien an. Daß es die Absicht Rogers nicht war, die verschiedenen in seinem Reiche geltenden Rechte aufzuheben, geht aus dem Gesetzbuch selbst hervor. An der Spitze desselben steht die Verordnung, durch welche die geltenden Rechte bestätigt werden: moribus, consuetudinibus, legibus non cassatis pro varietate populorum regno nostro subjectorum, sicut usque nunc apud eos obtinuit, nisi forte nostris his sanctionibius adversari quid in eis manifestissime videatur (cap. I). An einer Stelle wird auf das langobardische Recht Bezug genommen, es ist dieß das obenerwähnte cap. 34, durch welches die L. 4 Lomb. I. 6, abgeändert wird. (Merkel p. 11). Genannt wird jedoch auch an dieser Stelle das langobardische Recht nicht, sondern es heißt: pro suggestione *populi* nostro regno *subjecti* atque supplicatione, *legum suarum* ineptitudinem cognoscentes. Im übrigen entlehnt das Gesetzbuch Rogers sehr viel aus dem römischen Recht und besonders aus dem Codex Justinianeus, das Ganze hat mit wenigen Ausnahmen eine römisch-canonische Grundlage. Die umfassenden Privilegien, welche das Gesetzbuch den Geistlichen ertheilt, entsprechen dem frommen Sinn der normannischen Fürsten. Durch die Künste des Friedens zeichneten sie sich nicht weniger wie durch jene des Krieges aus, und

wie sie die sicilische Insel mit zahlreichen und glänzenden Kirchen bedeckten, so verewigte sich ihre Frömmigkeit auch in den Denkmälern des Rechts und der Gesetzgebung.

Die Herausgabe einer bisher unedirten Rechtsquelle kann nach zwei verschiedenen Seiten hin wichtig werden: durch den materiellen Inhalt der Quelle, welcher unsere Erkenntniß der Rechtssätze und Rechtsinstitute fördert, und durch die Herstellung des äußeren Zusammenhanges in der Geschichte der Rechtsquellen selbst durch die Herstellung der Continuität der Rechtsentwickelung.

Diese zweite Bedeutung kommt dem normannischen Gesetzbuch mehr als die erste zu. Durch dasselbe wird die Continuität der Rechtsentwickelung in Unteritalien befestigt, und es ist uns nun möglich geworden, uns von den normannischen Grundlagen der Constitutiones Siculae Friedrichs II genauer als bisher zu überzeugen.

Aus dem Schatze der normannischen Könige erneuerten die Hohenstaufen die Insignien des Reichs. Unter den in Wien aufbewahrten Krönungsgewändern sind mehrere sicilisch-arabischen Ursprungs — die weiße Alba, nach der Inschrift für Wilhelm II von Sicilien verfertigt, das Pallium ein Tribut der Moslems an die Normannenfürsten. Auf die Hohenstaufen vererbten auch die normannischen Gesetze, und Friedrich II nahm sie zur Grundlage seines süditalischen von Petrus de Vinea verfaßten Gesetzbuchs, welches 1231 zu Amalfi publicirt wurde. Auch dieses Gesetzbuch, dessen Text uns die Ausgaben nur vielfach interpolirt und verfälscht liefern, in seiner ursprünglichen Gestalt wiederherzustellen, ist eine Aufgabe, deren baldige Lösung wir nur von dem Herausgeber der normannischen Gesetze aus Unteritalien erwarten.

A. Anschütz.

---

2) Dr. A. Vollert, die Entstehung und die rechtliche Natur des Kammervermögens in Deutschland überhaupt und in den Sachsen-Ernestinischen Landen insbesondere. Jena, 1857. 8. 72 S.

Die vorstehende Schrift über das Kammervermögen ist, wie der Titel vermuthen läßt und das Vorwort ausdrücklich bemerkt,

durch den Domänenstreit in Sachsen-Weimar veranlaßt. Wenn der Verfasser in dem Vorwort äußert: die Frage, an deren Lösung er sich versucht habe, sey bekanntlich eine höchst bestrittene, und er behaupte nicht daß es ihm gelungen sey, sie endgültig zum Abschluß gebracht zu haben, so ist das eine wie das andere vollkommen richtig; aber es ist leider fast das einzig Richtige in der ganzen Abhandlung. Was sie uns beweisen will, ist entweder schon längst bewiesen, — daß das mittelalterliche Staatsrecht wie alle Rechte des Staates und der Staatsgewalt, so auch die Vermögensrechte als privatrechtliches Eigenthum der regierenden Familie betrachtet und behandelt habe, — oder ist auf dem Wege den der Verfasser einschlägt, unerweislich.

Damit wollen wir indessen nicht sagen daß alles dasjenige was unser Auctor über die Rechtsverhältnisse des Kammerguts im Mittelalter anführt, historisch wahr und begründet sey. Er stellt vielmehr auch auf diesem Gebiete Sätze auf, die kein Geschichtskundiger unterschreiben wird. Wir wollen dieß an einem Beispiele klar machen. So findet sich auf Seite 47 die Behauptung: „Davon daß zum Behufe der Steuerverwilligung den Landständen die Unzulänglichkeit des Domanialeinkommens nachgewiesen oder solcher Nachweis von den Landständen mindestens gefordert worden, findet sich von Auflösung des deutschen Reichs an zurückgerechnet in fünf Jahrhunderten keine Spur"; oder mit anderen Worten „seit der Entstehung der Landstände, die bekanntlich in den Anfang des 14 Jahrhunderts fällt, ist es nie vorgekommen daß dieselben sich den beregten Nachweis ausbedungen haben. Wer sich nur halbwegs die Stellung der mittelalterlichen Stände klar gemacht hat, der weiß daß es vom freien Ermessen derselben abhieng, für welchen Zweck und unter welchen Bedingungen sie Steuern bewilligen wollten: die Steuerfreiheit bildete ja die Regel. Zudem stehen uns historische Beweise in genügender Anzahl zu Gebote, um auch den Ungläubigsten zu überzeugen daß so ziemlich das Gegentheil der angeführten Behauptung richtig ist. So bewilligen die niederbayerischen Stände 1355 dem Herzog „auf sein Bitten und um ihm in der Regierung zu helfen" eine Steuer, wogegen dieser die Freibriefe siegelt[1]).

---

[1]) S. Rudhart, Geschichte der Landstände in Bayern Bd. I, S. 122.

Wem es um weitere Belege zu thun ist, den verweisen wir auf die bayerischen Landtagsverhandlungen von 1429 — 1513 (v. Krenner), z. B. Bd. II S. 38 Bd. III S. 148 oben, Bd. VI S. 51 u. a.[1]) — An einer anderen Stelle (S. 31) führt der Verfasser einen Grund an, der die Nichtbetheiligung der Stände an der Verwendung des Domanialvermögens rechtfertigen soll. „Es ergebe sich dieses, lehrt er, schon daraus daß diese Concurrenz von Ständen nicht bestehe, bei dem Kammervermögen der seit 1806 mediatisirten Reichsstände, welches doch mit Ausnahme einiger Regalien dieselben Bestandtheile enthalte, wie das der regierenden Fürsten; sowie ferner auch daraus folge daß früher die Stände diese Befugniß nicht gehabt haben". Mit demselben Rechte könnte jemand etwa auch so argumentiren. Da es in den mediatisirten Gebieten seit 1806 keine Stände mehr gibt, so kann es jetzt auch in Deutschland keine geben und hat es früher solche nicht gegeben. Wir müßten fürchten unseren Lesern zu nahe zu treten, wollten wir nur ein Wort zur Widerlegung einer solchen Beweisführung beifügen.

Ebenso neu als die Auffassung der deutschen Stände ist die Theorie unserer Schrift über die Wirkungen der Auflösung des Reichs (S. 47 — 49). Wenn man auch zugeben müsse, daß früher auf dem Kammervermögen die rechtliche Verbindlichkeit lastete, principaliter die Regierungskosten zu bestreiten, so sey die Verpflichtung doch seit der Auflösung des deutschen Reichs erloschen. Auch sie (die Regierungskosten nämlich) seyen nothwendige Staatsausgaben, und es können die erforderlichen Mittel durch das Steuerhoheitsrecht beschafft werden; zu den Steuern habe dann das Kammervermögen gleich jedem anderen Privatgut verhältnißmäßig beizutragen u. s. w. In diesem Punkte hat uns der Verfasser der Mühe überhoben, seine Aufstellung als unrichtig nachzuweisen. Denn er selbst zeigt uns (S. 55) daß die Erlangung der Souveränetät an sich keinen Einfluß auf die Rechtsverhältnisse der Domänen äußern konnte. Was er von dem Eigenthum an denselben sagt, muß wohl auch von rechtlich begründeten Verpflichtungen gelten, welche auf diesem Eigenthum lasten.

---

[1]) Man vergleiche noch Fr. W. Unger, Geschichte der deutschen Landstände Bd. II S. 325 ff.

Andere Argumente, die beweisen sollen daß die Domänen Privateigenthum der regierenden Familien seyen, klingen so als ob der Verfasser bei gewissen bayerischen Publicisten in die Schule gegangen wäre. Wir heben zum Belege dessen nur hervor daß er die Radicirung der Civilliste auf die Domanialgefälle als solches Argument geltend macht (S. 26). Andere werden gerade darin mit mehr Recht einen Beweis für das Gegentheil erblicken: sie werden darauf aufmerksam machen daß die Radicirung der Civilliste auf die Domanialgefälle ohne Sinn und Bedeutung wäre, wenn die Domänen Privateigenthum des Landesherrn und seiner Familie sind.

Doch wir müssen unsere kurze Anzeige schließen, der Leser ist hinreichend über den Charakter unserer Schrift orientirt, und wird kaum die Hoffnung hegen die der Auctor in seinem Vorworte ausspricht, daß dieselbe etwas zur endgültigen Erledigung der Frage beitragen werde.

P.

---

3) Das deutsche Postrecht nach der bundesgesetzlichen Bestimmung, unter Garantie acht europäischer Mächte. Gießen, 1857 8. 276 S. (auch als zweites und drittes Heft von Bd. II des Archivs für das öffentliche Recht des deutschen Bundes[1]) von Dr. Linde ausgegeben).

Wenn wir unsere Leser auf die Monographie über das deutsche Postrecht aufmerksam machen, so geschieht es zunächst darum weil sie eine ziemlich vollständige, wenn auch zu breit angelegte und ausgeführte Geschichte des Instituts liefert. Es wird die Erwerbung der Postgerechtsame seitens der Familie Taxis und die weitere Entwickelung des Verhältnisses bis 1801 erzählt (S. 18 — 72). Dem reiht sich die Auseinandersetzung derjenigen Veränderungen an, welche die Postgerechtigkeit des fürstlichen Hauses in Folge des Lüneviller Friedens und des Reichsdeputationshaupt-

[1]) Vergl. über den ersten Band oben Bd. III S. 132 ff., dann über Bd. II Heft 1 oben S. 157.

schlusses, dann in der Rheinbundszeit erlitt. Den Schluß bildet die Erörterung des Artikels 17 der deutschen Bundesacte, der bekanntlich dem fürstlichen Hause Thurn und Taxis den Besitz der Posten in dem Umfange wie es dieselben zur Zeit des Lüneviller Friedens besessen hatte, garantirt, und die Beurtheilung einzelner wichtiger Fragen, die dem jetzigen Zustand der Dinge angehören.

Ein weiterer Grund, der uns bestimmte von der Abhandlung Erwähnung zu thun, liegt darin daß wir mit mehreren ihrer Grundgedanken uns nicht einverstanden erklären können, und daß wir darum in der Beurtheilung des Verhältnisses mehrfach principiell von ihr abweichen. Dahin gehört vor allem die von unserem Auctor so allgemein behauptete Garantie von acht europäischen Mächten, unter welchen angeblich das Postrecht des Fürsten von Thurn und Taxis steht. Dasselbe genießt grundgesetzlich den Schutz und die Garantie des deutschen Bundes, resp. der Bundesversammlung; denn es ist durch die Bundesacte (Art. 17) anerkannt und gesichert. Da nun die Bundesacte in die Wiener Congreßacte theils förmlich aufgenommen, theils ihr als Beilage angehängt ist, so hat man daraus eine völkerrechtliche Garantie abgeleitet, welche die acht Unterzeichner der Congreßacte in Bezug auf die Bundesacte übernommen. Ueber die Bedeutung dieser Garantie sind nun die deutschen Publicisten so ziemlich einig; sie lehren alle daß darin nichts als die völkerrechtliche Anerkennung der Bundesacte und ihres Inhaltes liege, und daß sie insbesondere kein Recht zur Einmischung in Bundesangelegenheiten begründe, möge sie von einer fremden Macht unaufgefordert oder auf Ansuchen eines Betheiligten versucht werden[1]). — Es stünde schlimm mit der Rechtssicherheit in Deutschland, wenn man bei den einheimischen Organen so schutzlos wäre, daß man überall auf den Schutz des Auslandes pochen müßte. Aber es verdient Act davon genommen zu werden daß der Herausgeber unseres Archivs, der wie bekannt Mitglied der Bundesversammlung ist, nun schon wiederholt auf den Schutz auswärtiger Mächte sich zu berufen für nöthig findet[2]). — Eine

---

[1]) Vergl. H. A. Zachariä, deutsches Staats- und Bundesrecht (II. A.) B. I. S. 174, dann Zöpfl, Grundsätze des allgemeinen u. d. Staatsrechts (IV. A.) B. I. S. 256 Note 3.

[2]) S. über den anderen Fall oben 172.

weitere allgemeine Thesis unserer Schrift, gegen welche wir Protest erheben müssen, findet sich S. 71. Es heißt nämlich dort: „das fürstliche Haus habe zwar mit der Auflösung des Reichs Sitz und Stimme auf dem Reichstage gleich allen übrigen Reichsständen verloren; aber seine rechtliche Stellung zu den deutschen Posten sey rechtlich nicht mediatisirt worden, weder durch den Reichsdeputationshauptschluß von 1803, noch durch die Rheinbundesacte, noch durch die Ereignisse seit Auflösung des Reichs und des Rheinbundes, vielmehr haben sowohl das genannte Reichsgesetz als die deutsche Bundesacte den Fortbestand der Selbstständigkeit des fürstlichen Hauses in diesem Rechtsverhältnisse anerkannt." — Die Folge dieses Satzes wäre daß der Fürst von Thurn und Taxis, wenn er nicht mediatisirt wurde, seit der Auflösung des Reichs souverän geworden wäre; ein drittes konnte es seit dieser Zeit nicht geben. Es ist nun in der That nicht schwer zu beweisen daß der Fürst von Thurn und Taxis als Inhaber der Post durch die Auflösung des Reichs mediatisirt wurde. Die bis dahin vom Kaiser besessene und ausgeübte Posthoheit wurde nun ein Recht der einzelnen deutschen Souveräne in ihren respectiven Gebieten. Der Besitz und Genuß der Postgerechtsame wurde allerdings durch die Auflösung des Reichs nicht alterirt, und es ist nicht richtig wenn behauptet wurde, es sey wenigstens das Obereigenthum an der Post auf die Landesherren übergegangen; denn für einen solchen Uebergang fehlte es an jedem Rechtstitel. Die Familie Taxis erlangte seit der Auflösung des Reichs ein allodiales Recht an die Posten, aber darum kein selbständiges, von der Staatsgewalt eximirtes Recht. Die angerufenen positiven Rechtsquellen enthalten denn auch nichts von einer Selbständigkeit des Rechtes, sondern es wird einfach der Besitz und Genuß desselben in gewissem Umfange gewährleistet.

Wir könnten noch eine Reihe anderer Punkte herausheben, die einer Anfechtung und Berichtigung zu unterwerfen wären [1]. Allein

---

[1]) Einen neuen Grundsatz stellt u. a. die Schrift S. 161 auf, wo behauptet wird: „die Taxis'schen Postrechte sind notorisch älter als die Souveränetätsrechte der einzelnen deutschen Bundesstaaten, — also haben diese an jenen älteren Gerechtsamen ihre Gränze zu finden" (! ?).

das Gesagte mag hinreichen, um die Schrift als eine Partei-schrift zu kennzeichnen, die es mit der objectiven Wahrheit nicht so genau nimmt.

P.

---

4) Ed. Osenbrüggen: Der Hausfrieden. Erlangen. Ferd. Enke. 1857. S. 102.

Die Idee daß die Wohnung dem Individuum Sicherheit und Ruhe zu gewähren bestimmt sey, und daß jeder in seinem Hause seiner persönlichen Freiheit froh werden solle, hat bei keinem andern Volke einen energischeren und schöneren Ausdruck erhalten als bei den Deutschen — in dem uralten Institute des Hausfriedens. Es war eine verdienstliche Arbeit des Verfassers, dieses Institut aus den Rechtsquellen des XIIten bis XVIten Jahrhunderts gründlicher und sorgfältiger als bisher darzustellen. Der Fleiß welcher auf die Durchsicht des reichen, nur wenig beachteten Materials in den mittelalterlichen Stadtrechten und Weisthümern verwendet worden, hat wieder zu merkwürdigen Resultaten geführt, und ist auch für die Fortbildung des neueren Rechts lehrreich und fruchtbar.

„Wir wollen daß jedem Bürger sein Haus seine Feste sey", haben schon die österreichischen Stadtrechte des XIIIten Jahrhunderts ausgesprochen. Die Engländer haben diesen Rechtssatz bis auf die Gegenwart als eine wichtige Bürgschaft ihrer Freiheit conservirt. Wir Deutsche fangen wieder an uns daran zu erinnern daß das gutes altes deutsches Recht sey. „Ein jeder Hausgesessene soll Frieden haben in seinem Haus, wär' es halt nur mit einem Zwirnfaden umfangen" sagen die österreichischen Weisthümer, und charakterisiren durch den schwachen Faden die Stärke des Rechts.

Der Hausfriede hatte freilich im Mittelalter noch eine andere Bedeutung als ihm heute zukommen kann, in einer Zeit als die Staatspolizei schwach, die rohe Rauflust fast unbändig, die Gewaltthat häufiger und die Fehde unter Umständen erlaubt war.

Der Hausfriede bezog sich auf alle Bewohner des Hauses, nicht bloß auf den Eigenthümer und seine Familie. Auch wer zur Miethe wohnte, hatte seinen Schutz zu genießen; die Hausehre verlangte es daß auch der fremde Flüchtling, sogar der Geächtete wenigstens vorübergehend Frieden finde in dem Wohnhaus das ihn aufgenommen. Soweit „Haus und Hof“ reicht, dehnt sich der Hausfrieden aus. Wer „unter die Dachtraufe“ des Hauses getreten, ist schon von dem Frieden geborgen. Aber nicht ebenso konnten ihn die Gäste ansprechen, die in einem offenen Wirthshause zum Trunk oder Tanz sich versammelten.

Das Hausrecht, gleichsam die active Seite des Hausfriedens, geht viel weiter als die Nothwehr. Wenn der Hausbewohner den der ihn unbefugter Weise „heimsucht“, im Streit- oder Zorn verwundet oder gar erschlägt, so hat er dafür nach manchen Rechten keine Buße oder nur eine Scheinbuße zu zahlen. Andere Rechte betrachten in solchen Fällen wohl bloße Verletzungen, aber nicht die Tödtung der Eindringlinge für unsträflich. Im weitesten Umfange ist die Selbsthülfe gestattet in Vertheidigung des Hausfriedens.

Die passive Seite des Hausfriedens äußert sich in verschiedenen Beziehungen. Der Verfasser hebt folgende einzeln hervor:

1) Sicherheit gegen Verhaftung, zunächst wegen bürgerlicher Schuld oder geringer Frevel. Ursprünglich genoß auch der Verfestete noch dieselbe Sicherheit; nur durfte er nicht wagen das Haus zu verlassen, sonst verfiel er der Verfolgung; und war einmal die volle Acht über ihn ausgesprochen, so schützte den gänzlich recht- und friedlosen Mann auch sein Haus nicht länger.

2) Die Beschränkung der Haussuchung durch schützende Formen. „Bald ist bestimmt daß dem Hauswirthe die gehörige Zeit gegeben werde um sich entscheiden zu können, ob er dem Nachgesuchten forthelfen wolle oder nicht; bald wird gesagt daß das Haus vorläufig nur von außen besetzt werden dürfe bis eine regelmäßige Verhandlung mit dem Wirthe stattgefunden habe; bald ist das Betreten des Hauses abhängig gemacht von dem Vollbort des Rathes der Stadt; bald ist hervorgehoben daß nur den höheren, nicht den niederen Beamten es gestattet sey zu

dem genannten Zweck in das Haus einzugehen"; bald — fügen wir mit Rücksicht auf die beigebrachten Stellen hinzu, da uns diese Bestimmung vorzüglich praktisch scheint — wird angeordnet daß die Haussuchung nur im Zuzug „von geschworenen Bürgern" vorgenommen werden dürfe.

3) Soweit die Pfändung oder Besetzung (Aufhaltung, Arrest) rechtlich gestattet ist, liegt darin keine Verletzung des Hausfriedens, wohl aber in jeder unerlaubten Handlung der Art, also auch in der Regel in jeder außergerichtlichen Pfändung oder Besetzung.

4) Die Beschränkungen und Formalitäten, an welche die Ladung vor Gericht gebunden ist, stehen theilweise mit dem Hausfrieden in Verbindung; so z. B. die Bestimmung daß die Ladung nur bei Tage geschehen dürfe, damit nicht die Nachtruhe gestört werde.

5) Der Schutz, welchen das Haus Fremden gewährte, wurde im Laufe der Zeit in zunehmendem Maße Beschränkungen unterworfen. Der Hauswirth hatte nun selbst für seinen Schützling einzustehen, und wenn er einen Flüchtling schützte, den er nicht schützen durfte, so verfiel er in dieselbe Strafe, die seinen Schützling treffen würde. Besonders ward es verboten missethätige und schädliche Leute (Räuber und Diebe, Mörder, Brandstifter u. dgl.) zu beherbergen. Ueberhaupt schützt das Haus zunächst nur gegen Privatgewalt, nicht gegen die ordentliche obrigkeitliche Gewalt. Indessen wenn einer um einer „ehrbaren" That willen flüchtig wird, z. B. wegen eines Todtschlags in der Hitze des Streits, und in ein fremdes Haus flieht, so darf ihm der Hauswirth wohl zu seiner Hausehre ungestraft forthelfen, und auch der Richter darf nicht ohne weiteres zu seiner Verfolgung das Haus besetzen. Der merkwürdige Gegensatz der unehrlichen und der ehrlichen Verbrechen im Mittelalter verdient eine genauere Untersuchung. Wenn auch die Bestimmungen darüber in den Quellen mangelhaft und mannigfaltig sind, so liegt dem Unterschiede doch ein wichtiger moralischer und psychologischer Gedanke zu Grunde, welcher durch eine solche Unterscheidung zur Anschaulichkeit käme und auch für die heutige Rechtsbildung Werth hat.

6) Der Aechter darf nicht in das Haus aufgenommen

werden, denn der Aechter soll nirgends Frieden finden. „Wer einen Aechter wissentlich aufnimmt und schützt, dessen Haus soll verwüstet werden." Indessen auch hier wird vorübergehender Schutz über Nacht „der Hausehre zu lieb unterschieden von eigentlichem Hausen und Hofen" des Aechters, und nur letzteres streng verpönt. Die Bestimmungen der Land- und Stadtrechte sind freilich auch hierüber sehr mannichfaltig.

7) Als Verletzungen des Hausfriedens werden besonders in den österreichischen Weisthümern erwähnt:

a) gefährliches Nachlaufen eines anderen mit wehrhafter Hand in das Haus oder in dem Haus,
b) freventliches Einsteigen in ein fremdes Haus,
c) gefährliche oder schimpfliche Herausforderung aus dem Hause,
d) Beunruhigung, Aengstigung und Belästigung der Hausbewohner im Hause mit Worten und Werken,
e) Schießen und Werfen ins Haus hinein;
f) Verletzung der Thüren und Fenster oder auch nur ungehöriges Aufbrechen oder Aufstoßen derselben,
g) ungebührliches Lauschen an den Fenstern oder der Thüre. Ein Weisthum bestimmt: „Wenn ein Lauscher (Lusmer) auf die dreimalige Frage des Wirthes „Wer steht da?" sich nicht meldet und der Wirth hinausgeht und den Lauscher zu Tod sticht, so soll er nur einen Pfenning (oder Scheinbuße) auf den Stich oder Schlag legen und im übrigen ohne Schuld seyn."

8) Eine besondere Erwähnung findet regelmäßig die Heimsuchung als eine vorzüglich wichtige und ausgezeichnete Verletzung des Hausfriedens. Man versteht darunter die freventliche (eigenmächtige und gewaltsame) Aufsuchung Jemandes in seinem Hause. Die Heimsuchung ist eine Art des Hausfriedensbruches, welcher Ausdruck die schweren Verletzungen des Hausfriedens zusammenfaßt. Ursprünglich steht der Begriff der Heimsuchung noch mit der Fehde in Verbindung. Sie setzte früher einen Angriff mit gesammeltem Gefolge voraus. Auch später noch wird häufig die „gewaffnete Hand" als ein Merkmal der Heimsuchung genannt, aber immer ist Vorsatz, Vorbedacht eine wesentliche Bedingung derselben.

9) Die Strafen der Heimsuchung, des Hausfriedensbruches überhaupt, und der mindern Verletzungen des Hausfriedens sind überaus mannichfaltig bestimmt. Die Heimsuchung wird gewöhnlich den schweren Missethaten zugerechnet und am Leibe, zuweilen aber auch nur mit Buße, bestraft.

Nur in einer kurzen Skizze bespricht der Verfasser auch die spätere Haltung des gemeinen deutschen Strafrechts, welches den Begriff des Hausfriedens offenbar vernachlässigte. Die neuern Strafgesetzbücher dagegen haben denselben wieder hervorgezogen, aber ohne sich seiner Bedeutung schon ganz bewußt geworden zu seyn. Durch Einfachheit und Anschließen an das deutsche Recht, ohne aber etwas in die Gegenwart hereinzutragen, was der Vergangenheit anheimfällt, zeichnet sich der „Störung des Hausfriedens" überschriebene Art. 180 des hannoverschen Strafgesetzbuches aus: „Wer widerrechtlicher Weise in eines anderen Wohnung gewaltsam eindringt oder einen anderen in seiner Wohnung durch Gewalt beunruhigt, macht sich der Störung des Hausfriedens schuldig und soll mit Gefängniß, bei erschwerenden Umständen mit Arbeitshaus bestraft werden." Wir würden das eher einen Bruch des Hausfriedens nennen, und die Störung in andern mindern Mißachtungen des Hausfriedens finden. Der Schutz des Hausfriedens ist offenbar in unserer Gesetzgebung noch viel zu wenig berücksichtigt worden. Der Anfang zur Besserung aber ist eingetreten.

B.

---

5) Dr. Heinr. Thöl, Ausgewählte Entscheidungsgründe des Ober-Appellationsgerichts der vier freien Städte Deutschlands. Göttingen 1857.

D. G. M. Kletke. Sammlung der Präjudicien der obersten Gerichtshöfe Deutschlands in Handels-, See und Wechselrechts-Streitsachen bis Ende 1856. Erlangen 1857.

Zwei für den praktischen Gebrauch und für die wissenschaftliche Erkenntniß und Fortbildung des Handelsrechts werthvolle Sammlungen. Die erstere, seit dem Jahre 1836 angelegt, enthält 295 Nummern, beschränkt sich aber auf das Oberappellationsgericht von Lübeck. Die letztere erstreckt sich in 774 Nummern auf

die ganze deutsche Handelsrechtspflege, und gibt in nützlicher Kürze überall die erforderlichen Nachweisungen an.

---

6) Lehrbuch des teutschen gemeinen Criminalprocesses mit besonderer Rücksicht auf die neueren in Teutschland geltenden Strafproceßgesetze von Dr. Christoph Martin, geheimem Justiz- und Oberappellationsgerichtsrath a. D. 5te Ausgabe, ergänzt und beendigt von J. D. H. Temme, Doctor und ordentlichem Professor der Rechte zu Zürich. Leipzig und Heidelberg 1857.

Das Martin'sche Lehrbuch des Criminalprocesses ist ein bedeutendes Stück Geschichte dieses Rechtszweiges. In der Vorrede zur ersten Auflage d. d. Heidelberg im März 1812 sah sich der Verfasser sogar noch veranlaßt, eine Rechtfertigung der Trennung des Strafprocesses vom Civilprocesse zu geben. In der zweiten Auflage vom Jahre 1820 ist noch nicht einmal das bayerische Strafgesetzbuch von 1813 berücksichtigt. Welch ein Unterschied ist zwischen jener ersten und der jetzt vorliegenden fünften Auflage! Vergleicht man den Zustand der Wissenschaft des Criminalprocesses am Anfange dieses Jahrhunderts mit der neuen Auflage, so wird man erkennen welch große Verdienste Martin sich auch um diese Rechtsdisciplin erworben hat. Der Name Martin's wird stets rühmlichst fortleben in der Geschichte dieser Wissenschaft, und das Martin'sche Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafprocesses wird niemals aufhören seinen literaturgeschichtlichen Werth zu behaupten.

In diesem Sinne nennen wir auch die fünfte Ausgabe desselben willkommen, und müssen es Temme zu großem Verdienste anrechnen daß er die Ergänzung und Vollendung derselben übernommen hat. So wenig wir die Wiederherstellung des vormärzlichen deutschen Strafverfahrens als geltenden Rechts für wünschenswerth oder auch nur möglich halten, so müßten wir es doch beklagen wenn das historische Studium desselben gänzlich aufhören würde. Aus mehreren Gründen ist und bleibt die Vergleichung des früheren mit dem jetzigen Strafproceßrechte in hohem Grade ersprießlich, und ein weiteres wohl anzuerkennendes Verdienst Temme's besteht gerade darin daß er durch seinen angehängten Grundriß des neuen Verfahrens zu dieser Vergleichung auffordert. Dieser Grundriß bildet zugleich eine sehr schätzenswerthe Be-

reicherung der neuen Strafproceßliteratur und einen würdigen Nachfolger der früheren Schrift des damaligen kgl. preußischen Appellationsgerichtsdirectors Temme „Grundzüge eines deutschen Strafverfahrens". Arnsberg, 1850.

---

7) Dictionnaire de l'administration française par *M. Maurice Block.* Paris et Strasbourg. 1856. gr. 8. 1630 p.

Wenn die Uebersichau auf das vorstehende Werk mit einigen Worten aufmerksam macht, so glaubt sie nicht bloß den Dank der Praktiker, sondern auch der Theoretiker zu verdienen. Die ersteren können der Kenntniß des französischen Verwaltungsrechts bei der Besorgung ihrer Berufsgeschäfte schon jetzt kaum mehr entbehren, und das Bedürfniß sich davon genauer zu unterrichten, wird sich um so dringender geltend machen, je mehr die Wechselbeziehungen und Berührungen zwischen Deutschland und Frankreich sich vervielfältigen. Den Männern der Theorie bietet das französische Verwaltungsrecht nicht bloß interessante Punkte zur Vergleichung, sondern es dient in vielen Fällen geradezu zur Erläuterung und eröffnet das richtige Verständniß unserer eigenen Verwaltungseinrichtungen, besonders wenn dieselben, wie das ja nicht selten geschehen ist und noch geschieht, den französischen nachgeahmt sind.

Die Absicht des Herrn Herausgebers, dem eine Reihe der auserlesensten Vertreter der praktischen und theoretischen*) Richtung als Mitarbeiter zur Seite stehen, gieng, wie er selbst bemerkt, vorzugsweise dahin, eine treue und möglichst vollständige Uebersicht der zur Zeit geltenden französischen Verwaltungsnormen und zwar in lexikographischer Form zu liefern. Bei den einzelnen Artikeln beschränkt sich übrigens das Dictionnaire nicht darauf bloß den Text der positiven Vorschriften mitzutheilen, sondern es wird auch auf die Uebung, die sich in den Entscheidungen der höheren Stellen ausspricht, und auf die Leistungen der Wissenschaft geeignete Rücksicht genommen. Was die Behandlung des

*) Von wissenschaftlichen Celebritäten die am Lexikon sich betheiligt haben, nennen wir beispielsweise nur: Laferrière (Verfasser des Artikels „juridiction administrative"), Mérimée (Verfasser von „Monumens historiques"), Royer-Collard (Auctor von „droit des gens").

positiven Stoffes anlangt, so ist bei allen wichtigeren Artikeln nicht nur das augenblicklich in Gültigkeit seyende Recht angegeben, sondern die Institute sind historisch erörtert, so daß der Leser einen Einblick in die allmähliche Entwicklung der Institute erhält. Wir heben dieses Moment besonders darum hervor, weil wir wünschten, daß die deutschen Unternehmungen ähnlicher Art in diesem Punkte sich das französische Werk zum Muster nehmen möchten.

Das Werk umfaßt dem Begriffe der Verwaltung entsprechend einerseits die Lehre von der Competenz der Behörden, dann die Darstellung der verschiedenen Formen, welche bei der Führung der Staatsverwaltung zu beobachten sind, von denen der Herausgeber mit Recht bemerkt, daß sie vorzugsweise zum Schutze der Verwalteten bestehen und Garantien gegen Willkür bilden sollen, und endlich die Vorschriften über die materielle Behandlung der Geschäfte. Dem Ganzen ist ein alphabetisches Register, dann eine systematische Uebersicht des Inhalts und ein Verzeichniß der Mitarbeiter beigegeben. P.

---

8) **Recueil manuel et pratique de traités, conventions et autres actes diplomatiques** sur lesquels sont établis les relations et les rapports existant aujourd'hui entre les divers états souverains du globe, depuis l'année 1760 jusqu'à l'époque actuelle par le Bn. *Ch. de Martens* et le Br. *Ferd. de Cussy*. tom. 6 et 7. Leipzig 1856 et 1857. 754 und 619 S.

Die oben schon erwähnte*) Sammlung der neueren völkerrechtlichen Verträge von Martens und Cussy ist in den jüngsten zwei Jahren um zwei weitere Bände, den 6ten und 7ten, vermehrt worden. Dieselben liefern hauptsächlich die Verträge welche ihre Entstehung den letzten 8 Jahren — der Periode von 1848 bis 1856 — verdanken, und zwar nach demselben Plane, wie in den früheren Bänden, nämlich in chronologischer Ordnung. Es findet sich indessen eine nicht unbeträchtliche Zahl von Verträgen aus früheren Jahren (bis 1840 zurück), die in dem sechsten Bande nachträglich mitgetheilt sind.

*) Vergl. Bd. IV, S. 95

XIX.

Ueberſicht der Zeitſchriften:

a) der fremden.

Revue historique de droit français et étranger publiée sous la direction de MM. Ed. Laboulaye, E. de Rozière, E. Dareste et C. Ginoulhiac. Dritter Jahrgang, 1857. Erſte Hälfte.

(Vgl. Krit. Ueberſchau Bd. IV, S. 395 ff.)

1) Die Longobardiſchen Geſetze von Fr. Sclopis. Beſprechung der neuen Bearbeitung derſelben durch Herrn von Vesme. S. 1 ff.

2) Th. Derome, Ueber die hiſtoriſche Entwickelung des Urkundenbeweiſes nach franzöſiſchem Recht. S. 26 ff.

Für das älteſte Recht verweiſen wir auf die Abhandlung Maurers in der Krit. Ueberſchau Bd. V, S. 180 ff. Sie iſt geeignet die Darſtellung von Derome, der noch den Beweis durch Eideshelfer und den Zeugenbeweis verwechſelt, vielfältig zu berichtigen. Aber lehrreich ſind die ferneren Unterſuchungen in obiger Abhandlung.

Schon im XIIIten Jahrhundert zeigt ſich in Frankreich die Neigung dem Urkundenbeweis für Schuldverhältniſſe eine geſteigerte Kraft beizulegen. Beaumanois (Cap. 39 §. 3) ſchreibt: „Quant aucuns s'est obligées par lettres, si cil qui s'obliga nie l'obligation, il ne li convient prover fois par lettres.“ Indeſſen drang damals noch dieſe Theorie nicht durch. Im Gegen-

satze dazu blieb oder wurde die Ansicht herrschend daß „das lebendige Wort der Zeugen die Beweiskraft der Urkunde breche.“ *„Témoins par vive voix détruisent lettres.“* Der Grund darf nicht darin gesucht werden daß die Zeugen damals glaubwürdiger waren als später. Die Assisen von Jerusalem klagen (c. 157) daß es leicht sey für Geld zwei Männer oder Frauen zu erkaufen, die vor Gericht falsche Eide schwören. Der Grund liegt vielmehr in der geringen Bekanntschaft, sogar der höheren Stände, mit der Schrift zu jener Zeit, und in der Unvollkommenheit und Unsicherheit der Urkunden, welche den schriftkundigen Schreibern überlassen werden mußten.

Durch zwei Institutionen wurde die Glaubwürdigkeit der Urkunden erhöht: 1) durch die Hinterlegung derselben in öffentlichen Archiven, 2) durch die Entwickelung des Notariats. Die alten Doctores juris übertrugen die Regeln des römischen Rechts bezüglich der kaiserlichen Archive auf die Archive der Bischöfe, der Klöster, der Grundherren, und nannten die so verwahrten Urkunden publica testimonia, auch wenn sie an sich keinen öffentlichen Charakter hatten. Die Ursprünge des Notariats reichen in die römische Zeit hinauf, aber es erlitt während des Mittelalters totale Umgestaltung. Die alten Gerichtsschreiber (clercs) waren zugleich Notare; und die Sitte erhielt sich daß dieselben über Privatverträge gerichtliche Urkunden ausstellten, auch nachdem dafür seit Ludwig dem Heiligen eigene Beamte unter dem Namen „tabellions“ dafür bestellt worden. Beide stellten die Urkunden im Namen des Richters aus, als wäre der Richter zugegen gewesen; und die so gefertigte Urkunde galt wie ein gerichtliches Urtheil. Seit 1319 wurden die Clercs und die Tabellions von der Krone, nicht mehr von den Richtern bestellt, und so erhielten sie eine selbständige Autorität. Franz I. untersagte sodann den Richtern und den Clercs Privatverträge zu beurkunden, und übertrug dieses Recht ausschließlich auf die tabellions, die ihrerseits sich sogenannte Notare zu ihrer Hülfe beiordneten, „qui notas conficiebant.“ Diese Notare, anfangs Gehülfen der tabellions, verfaßten die Entwürfe, die letzteren fertigten die besiegelten Urkunden aus. Franz I. schied noch so die beiderseitigen Thätigkeiten aus. Die tabellions sollten keine Entwürfe (minutes) verfassen, die Notare keine Urkunden (grosses)

fertigen. Diese unnatürliche Trennung bewährte sich aber nicht, und seit Heinrich IV. werden beide Functionen wieder vereinigt unter dem Namen des Notariats.

Neben diesem äußern Fortschritte in der urkundlichen Beglaubigung wirkte aber auch die Verbreitung der Schriftkunde überhaupt ein. In älterer Zeit mußte das Siegel die Unterschrift ersetzen, weil nur wenige schreiben konnten. Karl IX. konnte schon 1560 die Vorschrift erlassen daß die Notare unter der Strafe der Nichtigkeit alle Verträge von den Contrahenten persönlich unterzeichnen lassen sollen, und wenn dieselben nicht schreiben können, solle das ausdrücklich bemerkt werden. Die Schrift und die Unterzeichnung wurden gewöhnlicher. Bei vielen Gerichten wurden regelmäßige Gerichtsbücher angelegt; seit dem XVIten Jahrhundert kommen auch die Tauf-, Hochzeits- und Sterberegister auf, die von den Geistlichen geführt wurden, und Beweiskraft erhielten. Franz I. verordnete 1539 daß alle gerichtlichen Rechtsurkunden in französischer Sprache verfaßt werden. Endlich wurde auf den Wunsch der Stände die Verordnung von 1566, ein Werk des Kanzlers L'Hospital, erlassen, welche das neue Princip aussprach: (Art. 54) „daß in Zukunft alle Verträge welche die Summe oder den Werth von 100 Livres für einmal zu zahlen übersteigen, vor Notaren und Zeugen abgeschlossen, und im Widerspruch mit solchen Urkunden kein Zeugenbeweis zugelassen werden solle „ni sur ce qui seroit allégué avoir été dit ou convenu avant icelui lors et depuis.“ Von da an kam das neue Rechtssprüchwort auf: „Urkunden gehen den Zeugen vor“, „lettres passent témoins.“ Die Verordnung wurde im Jahr 1567 mit geringen Veränderungen bestätigt und nur die Handelsgebräuche vorbehalten, und gieng dann in Art. 1361 des Code Napoléon über, der die Gränzsumme auf 150 Frcs. bestimmte und denselben Grundsatz auch dann bestätigte, wenn über geringere Beträge freiwillig schriftliche Urkunden errichtet worden. Nur wenige Ausnahmen werden zugelassen.

3) Lefèvre-Portalis, die englische Gerichtsgewalt. S. 47 ff.

Der zweite Artikel (über den ersten s. Bd. IV, S. 399) ist der englischen Jury gewidmet. Am Schlusse derselben spricht sich der Verfasser über diese Institution folgendermaßen

aus: „Die Jury ist in gewissem Sinne für die Gerichtsgewalt, was die Gemeinen für die Gesetzgebung. Sie garantirt die fortwährende Mitwirkung der Nation, sie macht daß die Rechtspflege nicht bloß die Sache Einzelner, sondern die Sache aller sey, und unter dem Vorbehalt der Billigkeitsgerichte beruft sie das ganze Land zur Theilnahme an den schwersten Pflichten der Staatsleitung. Die Staatsgewalt hat davon auch ihren Vortheil, weil sie auf solche Weise dem erdrückenden Gewicht der Verantwortlichkeit entgeht, welcher sie sonst früher oder später erliegen müßte; ihre Verantwortlichkeit ist gedeckt durch den Spruch der Geschworenen, und da sie nur das Urtheil dieser vollzieht, so ist sie gegen jede Versuchung den Leuten Böses zuzufügen wie gegen die Anklagen der Ungerechtigkeit geschützt, und der Haß und die Rache werden entwaffnet. Nicht minder Vortheil hat das Land davon. Die Pflichten welche mit dem Geschwornen-institut verbunden sind, gewöhnen die Bürger an die Kunde des Rechts und üben sie in der ersten Praxis des öffentlichen Lebens. Sie tragen dazu bei, der Indifferenz und dem Egoismus der Bürger entgegen zu wirken, sie verlangen von ihnen so viel Aufwand von Zeit und Mühe, als den freien Völkern nicht erspart werden kann, und welche wie der Preis ihrer Freiheit ist. Sie werden genöthigt überall das gute Recht aufzusuchen, die Listen und Kniffe zu entlarven, die Gewaltsamkeit zu bestrafen; und indem sie mit ihrer Person einstehen müssen, werden sie befähigt jener Feigheit und Weichherzigkeit und jenem Kleinmuth einen männlichen Widerstand entgegenzusetzen, den traurigen Schwächen der menschlichen Natur und dem Verderbniß der Staaten. Die bürgerliche Gesellschaft bleibt so in lebendigem Zusammenhang mit dem Staate und der Obrigkeit".

4) R. Dareste, Studien über die Entstehung der Verwaltungsstreitigkeiten in Frankreich. S. 97 ff. Vgl. Krit. Ueberschau III. S. 465 f. und IV. S. 398.

Ludwig XVI. unternahm bedeutende Reformen. Eine Menge von administrativen Ausnahmsinstanzen sollten beseitigt, und nur die Verwaltungsgerichtsbarkeit der Intendanten, des Staatsraths, der Rechnungshöfe und der Steuerkammern übrig bleiben. Aber die Revolution hinderte die Durchführung dieser Reformen. Sie verwarf rücksichtslos alle Gerichtsbarkeit der Verwaltungsbehörden.

Die ordentlichen Gerichte ſollten über alle Verwaltungsſtreitigkeiten entſcheiden. Nur ganz geringe Ausnahmen werden noch geduldet. Indeſſen führte die Revolution, welche nach allen Seiten mit der alten Rechtsordnung brach und ihre Gegner aufs äußerſte verfolgte, ſofort wieder aus dem einen Extrem in das andere entgegengeſetzte. Die Revolution verſchlang die Güter des Clerus, des Adels, der Emigrirten, der Gemeinden. Mit dictatoriſcher Gewalt verfügten ihre Agenten. Der Abſolutismus der neuen Demokratie kümmerte ſich noch weniger um erworbene Rechte, als der Abſolutismus des geſtürzten Königthums. Solchen Tendenzen gegenüber konnte eine unabhängige Juſtiz nicht beſtehen. Eine neue Verwaltungsgerichtsbarkeit wurde hergeſtellt mit ausgedehntern Befugniſſen als die zuvor abgeſchaffte. Die Trennung der Verwaltung und der Juſtiz blieb zwar im Princip anerkannt, aber in vielen Fällen wurde die Autorität jener über die der Gerichte geſetzt, ſelbſt wo es ſich um ſtreitige Privatrechte handelte.

Erſt Napoleon brachte mehr Ordnung in die Dinge. Er knüpfte an die Reformverſuche Ludwigs XVI an. Der Staatsrath trat als oberſte Inſtanz ein ſowohl in Conflicten zwiſchen der Regierung und den Gerichten, als für Verwaltungsſtreitigkeiten. In den Departementen erhielten die Präfecten die erſte Inſtanz. Auch eine Rechnungskammer wurde hergeſtellt. Im weſentlichen iſt dieſe Einrichtung geblieben. Die orleaniſtiſche Periode führte indeſſen einige Verbeſſerungen ein theils in dem Verfahren vor dem Staatsrathe, theils indem die Departementalräthe einen größeren Einfluß auf die erſtinſtanzliche Entſcheidung erhielten.

5) Caringault, von dem Rechtsſatz daß der Richter ein Beamter im Dienſte der öffentlichen Gewalt ſey (officier du ministère public) in ſeiner Anwendung im älteren und neueren Recht. S. 142 ff.

6) Machelard, über das römiſche Accreſcenzrecht. S. 161 ff.

7) Revillont, über den römiſchen Colonat. S. 209 ff. vgl. Krit. Ueberſchau IV. S. 403.

Im dritten Jahrhundert noch war die Zeitpacht Regel. Nur wo Sklaven die Güter bearbeiteten, hielt man ſie darauf feſt. Die kaiſerlichen Pächter wurden dadurch begünſtigt daß man ſie von den ſtädtiſchen Laſten befreite. Ein Theil des verlaſſenen

Landes wurde von den Kaisern an germanische Einwanderer und unterworfene Familien als Lehen vertheilt. Es waren das militärisch organisirte Colonien. An den Gränzen ferner wurden seit Alexander Severus den ausgedienten Soldaten Güter zu beschränktem Eigenthum verliehen, und auch hier bäuerliche Militärcolonien hergestellt. Das alles aber erklärt noch nicht die Entstehung des spätern hofhörigen Colonats.

Inzwischen verminderte sich die Zahl der Landbauern fortwährend. Der Abgabendruck auf dem Lande und die Aussicht, in den Städten mehr Behagen und eher Brod zu finden, trieben einen großen Theil der ländlichen Bevölkerung nach den Städten. Dazu kamen die schweren Zeiten der Völkerwanderung. Eine Menge von Gütern wurden verlassen. Daneben dauerte der Druck der Abgaben nicht bloß fort: mit der abnehmenden Fähigkeit der Bevölkerung die Steuern zu bezahlen, wurde die Steuerlast um so schwerer. Der Staat hielt sich an die städtischen Decurionen, die Reichen, die zugleich regelmäßig größere Grundbesitzer waren. Was sie nicht erheben konnten von den Bauern, mußten sie selber ersetzen. So wurden auch die Städter in den allgemeinen Ruin verwickelt.

Der Kaiser Constantin suchte durch seine Reformen diese Uebel zu vermindern. Er ermäßigte die Verantwortlichkeit der Decurionen, und veränderte das Steuersystem für das Land. In dem Steuerkataster wurden nun bei jedem Grundeigenthümer die Grundstücke und außer dem Mobiliar auch die Bebauer derselben (sowohl Freie als Sklaven) eingeschrieben. Die Grundsteuer (jugatio) und die Kopfsteuer (capitatio) wurden in e i n e Steuer zusammengezogen, die man nun bald jugatio, bald capitatio nannte. Das Gut und seine Bebauer wurden in die engste Verbindung gebracht. Zu diesem Behuf mußte dafür gesorgt werden daß der Grundeigenthümer seine Pächter, für deren Steuer er einstehen mußte, auch auf dem Gut zurückhalten könne, welches die Steuer zu tragen hatte. Der Grundsatz daß die Abkunft (origo) auch die Stellung und die Pflichten der Bürger bestimme, war in den Städten schon eingeführt. Wer von einer Decurionenfamilie geboren war, konnte sich den Pflichten des Decurionenstandes nicht entziehen. Ebenso war es in vielen städtischen Corporationen; in gleicher Weise gab es in den Gränzprovinzen einen erblichen Soldatenstand. Das-

selbe Princip wurde nun auf die Pächter angewendet. Die Leute wurden so originarii, conditionales oder wie der charakteristische Ausdruck besagt obnoxii, gebunden an ihre Abkunft. Auch das Domicil — anfangs dem freien Willen überlassen — erhielt unter den christlichen Kaisern eine bindende Kraft. Der Wegzug von einem Gut wurde in jeder Weise erschwert. Die Deutschen wurden nach und nach, wie Justinian es prägnant angedeutet hat, zu Gliedern des Gutes. Der in dem Steuerkataster eingeschriebene Pächter wurde so ein hofhöriger Mann, auch wenn er im übrigen frei war.

Diese Hofhörigkeit lag im Interesse des Fiscus, der nun seiner Steuer eher sicher war, und der reichen Städter, die Grundbesitzer waren, und nun ihre Pächter in voller Abhängigkeit auf den Gütern zurückhalten konnten. Die Veränderung hatte vorerst eine fiscalische und wirthschaftliche Bedeutung. Die privatrechtliche hat sich erst später daraus entwickelt.

Seit den Maßregeln Constantins finden wir auf dem Land folgende Abstufungen:

1) Grundeigenthümer, oder vielmehr Grundherren. Der größte war der Kaiser mit seinen unermeßlichen Domänen, dann kamen die Corporationen (die Städte) und reiche Privaten. Die Grundherren waren durch die ganze Verfassung genöthigt in den Städten zu wohnen und die Güter bebauen zu lassen. Der Stand der kleinen freien Bauern war untergegangen.

2) Zur Vermittlung dienten die Verwalter und Intendanten (*procuratores, actores*), zuweilen Sklaven der Grundherren, zuweilen Freigelassene oder Freigeborene, ferner die Oberpächter (*conductores*), welche eine ganze Gutsherrschaft in Pacht nahmen und durch die Colonen bebauen ließen. Sie waren meistens Freigelassene oder Abkömmlinge von solchen, und nicht erblich. Neben ihnen kamen aber auch erbliche Pächter der Art auf (*emphyteutae*). Die Emphyteuse — zuerst auf den Gütern der Städte, dann auf den kaiserlichen Domänen geübt, wurde auch von Privatgrundherren eingeführt. Der Erbpächter hatte ein dem Eigenthum nahe kommendes Recht an dem Gute. Er wurde als ein wahrer Grundbesitzer geachtet, und war, so lange er den Kanon an den Grundherrn zahlte, in diesem Besitz gesichert.

Er durfte aber die Colonen ſo wenig vertreiben als der Zeitpächter.

3) Die kleinen Grundeigenthümer, die ſelber Bauern waren, waren nun auch an ihr Dorf und an ihre Genoſſenſchaft gebunden. Sie waren in die Steuerregiſter eingeſchrieben und hafteten ſubſidiär für die Steuer des Dorfes. Die ägyptiſchen Griechen nannten dieſe Kleinbauern *homologi*. Aehnlich geſtellt, nur politiſch noch abhängiger waren die Leten und die Gränzer.

4) Tiefer ſteht die Maſſe der nunmehrigen Colonen (tributarii, originales, adscriptitii). Unter Conſtantin war ihre Lage noch erträglich. Sie waren als Freie geachtet, aber ſie durften das Gut nicht verlaſſen, wie der Decurio nicht ſeine ſtädtiſche Pflicht. Entwichen ſie, ſo mußte, wer ſie aufnahm, ſtatt ihrer für die Steuer der Zwiſchenzeit einſtehen. Die Flüchtlinge ſelbſt wurden in Feſſeln zurückgebracht, damit ſie durch dieſe Sklavenſtrafe zur Pflicht der Freien zurückgeführt werden (c. 1 C. Th. V. 9). Dagegen ſchützte Conſtantin dieſelben vor den Grundherren, indem er dieſen verbot die Grundlaſten der Colonen zu erhöhen.

5) Endlich kommen die bäuerlichen Sklaven, die nun als Zubehörde des Guts betrachtet wurden, und durch ein Geſetz Conſtantins Familienrechte erhielten. Sie durften nicht mehr außer die Provinz veräußert werden, in der ſie geboren waren, und nicht für Schulden an den Fiscus gepfändet werden. Ihre Familie blieb beiſammen, und die Eheleute und ihre Kinder durften nicht mehr getrennt werden. Während ſo die freien Pächter zu hofhörigen Colonen niedergedrückt wurden, ſtiegen die bäuerlichen Sklaven aufwärts und näherten ſich jenen.

Unter den Nachfolgern Conſtantins (337 — 395) näherte ſich der Colonat immer mehr der eigentlichen Knechtſchaft. Wer einen flüchtigen Colonen bei ſich aufnahm, wurde mit einer ſchweren Geldbuße beſtraft. Die kaiſerlichen Colonen wurden für unfähig erklärt in der Armee zu dienen oder irgend eine andere öffentliche Function zu übernehmen. Sogar die Kinder einer Colonentochter, die mit einem freien Mann verheirathet war, wurden, im Widerſpruch mit dem alten römiſchen Familienrecht, für hofhörig erklärt (367). Das läßt ſich nun erklären, wenn man an die Analogie

der Sklaven denkt. Das Sklavenrecht wurde in dieser Beziehung auf die Colonen ausgedehnt, und was anfangs nur für die kaiserlichen Colonen bestimmt war, auch auf die Colonen der Privaten erstreckt. Damit ward die eigentliche Ehegenossenschaft zwischen eigentlichen Freien und Colonen gehemmt. Ueberdem wurde durch ein Gesetz von Valentinian und Valens den Colonen untersagt ohne Erlaubniß ihrer Patrone über ihr eigenes Vermögen zu verfügen. Dagegen wurde hinwieder den Grundherren geboten daß sie sich mit den Früchten des Gutes begnügen und kein Geld von den Colonen fordern sollen, ein Gesetz dessen praktische Durchführung aber auf Schwierigkeiten stieß, während die den Colonen ungünstigen Gesetze mit Strenge vollzogen wurden.

So wurde der Colonat allmählich aus einer fiskalischen eine in sich selbst abgeschlossene ständische Institution, ein eigenthümlicher Stand von hofhörigen Leuten, die, an die Scholle gebunden und von dem Grundherrn in Erblichkeit abhängig, doch wieder von dem Sklaven verschieden sind und persönlich noch als Freie gelten.

8) Abel: Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft der Militärgesetzgebung in Frankreich. S. 247 ff.

9) Damascino, Ueber die Festigung des Grundeigenthums und der dinglichen Rechte in Griechenland. S. 283 ff.

Im Interesse des Realcredits verlangte im Jahr 1855 die griechische Nationalbank die Einführung der grundbüchlichen Festigung auch für Veräußerungen des Grundeigenthums und Bestellung der dinglichen Rechte. Diesem Verlangen wurde durch ein Gesetz vom 29 October 1856 entsprochen, welchem das französische Gesetz vom 23 März 1855 zum Vorbild diente. Ueberall muß so in Europa das römische System der Tradition dem germanisch-modernen Grundsatz der öffentlichen und schriftlichen Form weichen. B.

b) der deutſchen.

4) (Fortſetzung) **Jahrbücher für die Dogmatik** ꝛc., von **Gerber und Jhering.** Bd. II. Heft 1 (ſ. oben Bd. IV. S. 452 und Bd. V. S. 152).
I. Zur Verhandlung über die Mitwirkung für fremde Rechtsgeſchäfte. Von v. Scheurl. S. 1.
II. Zur Theorie der Reallaſten von Gerber. S. 25.
III. Mitwirkung für fremde Rechtsgeſchäfte. Von Jhering. S. 67.

---

6) (Fortſetzung) **Zeitſchrift für die geſammte Staatswiſſenſchaft.** Bd. XIII. (1857) Heft 1.*)

I. Abhandlungen.

Vorländer, über das ſittliche Princip der Volkswirthſchaft in Rückſicht auf das ſociale Problem. S 3.
Hanſſen, die neueſten Agrargeſetze des Königreichs Hannover. Art. I. S. 61.
Schäffle, die deutſche Münzconvention vom 24 Jänner 1857 volkswirthſchaftlich und politiſch betrachtet. Art. 1. S. 92.

II. Vermiſchtes.

Jacoby, die goldene Bulle Kaiſer Karls IV. Ein Beitrag zur Staatsrechtsgeſchichte des Mittelalters.

Die letztere Abhandlung bringt in ihrer erſten Hälfte die Entſtehungsgeſchichte der goldenen Bulle und eine Erzählung der Feierlichkeiten bei ihrer Publication; in der zweiten Hälfte beſpricht ſie den Verfaſſer, den Namen, den Inhalt, die verſchiedenen Exemplare und Ausgaben, und ſchließt mit einer Betrachtung des Einfluſſes, den die goldene Bulle auf die ſpätere Entwicklung der d. Verfaſſung ausübte.

---

10) (Fortſetzung) **Der Gerichtsſaal,** Zeitſchrift für volksthümliches Recht**). 9ter Jahrgang (1857). Bd. I.
I. Der Kampf zwiſchen Schwurgerichten und ſtändigen Gerichten. Vom Domänenrath Reichmann in Wiesbaden. S. 3.
II, VI, IX, XVIII, XXIV, XXX Ueberſichten aus dem franzöſiſchen Rechtsleben. Von Dr. Julius Levita, Advocat der k. k. öſterreichiſchen Botſchaft in Paris. S. 18, 66, 113, 217, 225, 411.

---

*) Vgl. oben S. 153, und Bd III. S. 270. Zu den erſten 12 Bänden dieſer Zeitſchrift, ſowie zu dem Archiv der polit. Oekonomie und Polizeiwiſſenſchaft iſt ein Repertorium (von Joſ. von Dall'armi) erſchienen, das eine ſyſtematiſch gruppirte Ueberſicht des Inhalts bietet.

**) Vgl. oben S. 317.

XXXI. Das Verbrechen der Widerſetzung gegen die Obrigkeit. Vom Profeſſor Dr. Zachariä zu Göttingen. S. 421.

XXXII. Ueber die Stellung des Appellationsgerichts-Richters im mündlichen Strafverfahren. Von Schwarze. S. 447.

---

11) Die Zeitſchriften für bayeriſches Recht*).

A) Die Zeitſchrift für Geſetzgebung und Rechtspflege bringt in Bd. IV. H. 1 (1857) neben den Entſchließungen des Juſtizminiſteriums und den Erkenntniſſen des Caſſationshofes nur zwei ſelbſtändige Erörterungen, die dem Gebiete des Strafrechts angehören, nämlich:

a) Die Berechnung der Freiheitsſtrafen nach bayeriſchem Criminalrecht. S. 114.

b) Erörterung einiger ſtrafproceſſualer Fragen. S. 135.

B) Die Blätter für Rechtsanwendung enthalten in der erſten Hälfte des 22. Jahrgangs (1857) folgende bemerkenswerthe Artikel

a) Baupflicht der Eingepfarrten, reſp. der Kichengemeinde. Nr. 2

b) S. 17. Ueber die Realcitation (im Civilproceſſe). Nr. 4 und 5. S. 49 und 65.

c) Kann eine Familie Rechtsſubject ſeyn? Nr. 7. S. 95.

d) Zur Lehre von der Privaturkundenfälſchung Nr. 9, 10 und 11. S. 129, 145 und 161.

In den Ergänzungsblättern wird die praktiſch wichtige Frage über die Qualification der gewerbsmäßigen Gutszertrümmerung — ob dieſe Vergehen oder Polizeiübertretung ſey — einläßlich beſprochen.

C) Das erſte Semeſter des laufenden Jahrganges der Blätter für adminiſtrative Praxis bietet als Artikel von allgemeinerem Intereſſe eine Abhandlung über Adminiſtrativjuſtiz in Nr. 1 und 2. Der übrige Inhalt beſchäftigt ſich vorzugsweiſe mit Fragen des bayeriſchen Particularrechts, wie mit den Normen über Hausſteuer (Nr. 3) über Vereine (Nr. 8), dann mit den Beſtimmungen über das Verhältniß zwiſchen Brauern und Wirthen begüglich der Bierabnahme (Nr. 9, 10 und 11).

---

*) Vgl. über die früheren Jahrgänge oben B. IV. S. 407. ff.

12) Sarwey, Monatsschrift für die Justizpflege in Württemberg. Bd. XIX.

Abhandlungen, Rechtsfälle, Entscheidungsgründe und Gutachten*).

Beiträge zur Lehre vom Klagerecht in einer Sammlung von Rechtsfällen. S. 1.

Zur Lehre von der Klage wegen nichterfüllten Eheverlöbnisses. S. 47.

Ueber einige wechselrechtliche Fragen. S. 71.

Die gerichtliche Polizei in Frankreich. S. 100.

Einiges über die Verfügungen und Beschwerden, welche in Gebührsachen bei den Justizbehörden vorkommen, insbesondere die Begründung und Begränzung der Competenz hiebei. S. 126.

Ueber Verwandtschaft und Schwägerschaft als Hinderniß im öffentlichen Dienst. S. 137.

Die Ehedispensationen. S. 144.

Das Gesetz, betreffend die Aufhebung einiger Arten von Sporteln in Ehesachen. S. 151.

Ueber unsere dermaligen Realcreditzustände, insbesondere die Beschwerden über das Executionsverfahren in liquiden Schuld- und Concurssachen mit Vorschlägen zur Abhülfe. S. 171.

Zur Lehre von der Haftverbindlichkeit der Wirthe. S. 204.

Unstatthaftigkeit der Theilungsklage bei einem von mehreren mit abgetheilten Wohngelassen, aber gemeinschaftlichen Eingängen, Hausgängen rc. rc. besessenen Haus. S. 211.

Der Begriff von Untergangssache. S. 216.

Die Grundsätze über die Suspension vom Amte. S. 223.

Ueber die Rechtskraft der Entscheidungsgründe und die hiemit zusammenhängende Frage über Appellabilität. S. 233.

Von dem Absonderungsrechte der Gläubiger einer Erwerbsgesellschaft im Gante eines oder sämmtlicher Gesellschafter mit weiterer Rücksicht auf die Beibringensforderungen der Ehefrauen und die Ansprüche der Gesellschafter selbst. S. 258.

Ueber die dem Bürgen aus Versäumnissen des Gläubigers zustehenden Einwendungen. S. 276.

Beweislast bei beschränktem Bekenntniß. S. 304.

Die Gültigkeit der Statutarrechte Neu-Württembergs. S. 327.

Eine außerordentliche Lieferung enthält:

Verhandlungen des Cassationshofes in Württemberg. S. 1.

Bescheide des Cassationhofes über allgemeine Fragen. 113.

---

*) Weitere Rubriken, die wir übergehen, sind: „Literarische Mittheilungen" und „Miscellen".

Bd. XX.

I. Abhandlungen, Rechtsfälle, Entſcheidungsgründe und Gutachten.

Register

zu den ersten fünf Bänden

der

Kritischen Ueberschau

der deutschen

Gesetzgebung und Rechtswissenschaft.

Herausgegeben

von

Dr. L. Arndts, Dr. J. C. Bluntschli und Dr. J. Pözl,
o. ö. Professoren der Rechte.

München.
Verlag der literarisch-artistischen Anstalt.
1857.

Buchdruckerei der J. G. Cotta'schen Buchhandlung in Stuttgart und Augsburg

I. Alphabetisches Verzeichniß

der

Autoren resp. Werke, welche in den ersten fünf Bänden der Ueberschau beurtheilt oder angezeigt sind.

II. Register

über die ersten fünf Bände der Ueberschau.

III. Verzeichniß

der

Autoren, welche zu den ersten fünf Bänden der kritischen Ueberschau Beiträge geliefert haben.


Princeton University Library
32101 071955080